

**UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT
CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y
DESARROLLO**

**Regional Seminar for Latin America and Caribbean Countries
on the Post-Doha WTO Competition Issues
São Paulo, 23 - 25 April, 2003**

**Seminario Regional Post Doha para los países de América Latina y el Caribe
sobre los temas de Competencia de la OMC
São Paulo, 23 - 25 de abril de 2003**

**Seminário Regional Pós Doha dos Países da América Latina e Caribe sobre os Temas
de Concorrência na OMC
São Paulo, 23 - 25 de abril de 2003**

Edited by Philippe Brusick and Ana María Alvarez

Foreword by

**Rubens Ricupero
Secretary – General of UNCTAD**



UNITED NATIONS

Geneva, 2003

COPYRIGHT

All rights reserved

No part of the material protected by this copyright notice may be reproduce or utilized in any form of by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or by any information storage and retrieved system, without prior permission in writing form the copyright owner.

Derechos de autor

Copyright

Quedan reservados todos los derechos

Se prohíbe la reproducción de esta obra sea cual fuere el medio, electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación o cualquier otro, sin el consentimiento por escrito del editor.

UNCTAD/DITC/CLP/2003/8

TABLE OF CONTENTS

	Page
List of Abbreviations	viii
Executive summary	xi
Message from Mr. Rubens Ricupero, Secretary-General of UNCTAD	xx
Opening remarks by Dr. Joao Grandino Rodas, President, Administrative Council for Economic Defense (CADE)	xxiv
Agendas of the meeting	xxvi
List of participants	xxxvii
Substantive contributions¹	
Section 1	
Competition and promoting trade, competitiveness and development	
1.1. Competition Policy in Transition: The Issues <i>Kurt Stockman</i>	3
1.2. La Relación entre Política de Competencia, Comercio y Desarrollo <i>Leyda Reyes</i>	10
1.3. Vertical restraints, abuse of dominance and mega-mergers in sectors of relevance to developing countries <i>Patrick Krauskopf</i>	17
1.4. Abuso de Posición Dominante <i>Teresita Dutrenit</i>	35
1.5. Challenges of implementing a competition regime in a small developing countries: Barbados <i>Michelle Goddard</i>	54
1.6. La Política de Competencia y la Promoción de las PYMES en Guatemala <i>Guido Rodas</i>	63

¹ Published in their original language (English, Portuguese and Spanish)

Presentations PPT :

Section 1

Competition and promoting trade, competitiveness and development

- 1.A. Adverse effects of international cartels on developing countries:
limits of domestic competition legislation
Paulo de Tarso Ramos Ribeiro 67
1. B. Adverse effects of international cartels on developing countries:
limits of domestic competition legislations
François Souty 68
1. C. Vertical restraints, abuse of dominance and mega-mergers in sectors of
relevance to developing countries
Patrick Krausopf 69
1. D. Challenges of implementing a competition regime in a small
developing countries: Barbados
Michelle Goddard 70
1. E. La Política de Competencia y la Promoción de las PYMES
en Guatemala
Guido Rodas 71

Section II. Bilateral and plurilateral agreements on competition

- 2.1. International trade and Development
Calixto Salomao Filho 74
- 2.2. Competition Policy in Bilateral and Plurilateral Agreements:
involvement of Member States of the Caribbean Community
Ivor Carryl 87
- 2.3. The Fair Competition Act – A Post – Doha Examination
Barbara Lee 98
- 2.4. Andean Community negotiations on a new competition regime at
subregional level
Gonzalo Ruiz 103
- 2.5. Argentinean and MERCOSUR competition regimes and the Doha
mandate
Eduardo Montamat and Marina Bidart 108

Presentations PPT :

Section II

Bilateral and plurilateral agreements on competition **113**

- 2.A. Cooperation Agreements in the field of Competition
Antonio Gonzalez Quirasco 114
- 2.B. Bilateral and Plurilateral Cooperation in Competition Cases
Russell Damtoft 115
- 2.C. Competition Policy in Bilateral and Plurilateral Agreements: involvement
of Member States of the Caribbean Community
Ivor Carryl 116
- 2.D. Andean Community
Graciela Ortiz 117
- 2.E. Competition Policy in the Free Trade Area of the Americas
Santiago Cembrano 118

Section III

Continuing discussions on a possible multilateral framework on Competition

- 3.1. Relevance of WTO core trade principles and S&D for developing
countries
James Mathis 121
- 3.2. Interaction between Competition agencies and Sectoral Regulators:
The Chilean case
Mario Bravo 136

Presentations PPT

- 3.A. A Development-friendly multilateral framework and S&D: the UN Set
as a model
Philippe Brusick 152
- 3.B. Relevance of WTO core trade principles and S&D for developing
countries
James Mathis 153
- 3.C. Competition policy in WTO sectoral agreements
Pierre Arhel 154
- 3.D. Interaction between competition authorities and sectoral regulators
Cleveland Prates Teixeira 155

3.E.	Recientes desarrollos en el Grupo de Trabajo en la Interacción entre Comercio y Competencia OMC <i>Antonio Gonzáles Quirasco</i>	156
3.F.	Latest developments in the Working Group on the Interaction between Trade and Competition <i>François Souty</i>	157
Section IV		
Reflexions on the options and implications of a possible multilateral framework on Competition		158
4.1.	Competition Policy in MERCOSUR: a minimum agenda <i>José Tavares de Araujo Jr.</i>	160
4.2.	The role of Peer Review in a Multilateral Framework on Competition Policy <i>Andrea Bruce</i>	172
4.3	Multilateral Competition Agreement: to WTO or not to WTO? <i>Romel Adames</i>	176
4.4.	Relevant Aspects of a Multilateral Agreement on Competition <i>Gesner Oliveira</i>	183
4.5.	Pros and Cons of a Sectoral Approach without a Comprehensive Multilateral Competition Framework <i>Philip Marsden</i>	190
4.6.	Posiitive and negative aspects of a sectoral approach of competition policy without a multilateral framework <i>María Inés Rodríguez</i>	198
4.7	Positive And Negative Aspects of a sectoral approach, without a Multilateral Competition Framework (MCF) and developing countries perspective on A MCF <i>Homero Larrea</i>	205
Presentations PPT		
4.A.	Competition Policy in Brazil <i>Daniel Krepel Goldberg</i>	213
4.B.	The role of Peer Review in a Multilateral Framework on Competition Policy <i>Andrea Bruce</i>	214
4. C.	S&D in multilateral negotiations on Competition Policy <i>Verónica Silva</i>	215

Section V. Possible way ahead	216
5.1. Costa Rica experience in the FTA between Costa Rica and Canada Chapter on competition <i>Hazel Orozco</i>	218
5.2. Competition advocacy. Recent experiences in Peer Review: the case of Chile <i>Carmen Gloria Vega</i>	224
5.3. Competition Advocacy in Argentina: horizontal mergers in a regulated Environment. The case of Electricity distribution in the Metropolitan Area of Buenos Aires <i>Diego Petrecolla and Carlos Romero</i>	227
5.4. The Nirvana ideology and its limits in guiding competition policy Enforcement <i>Ignacio de León</i>	245
5.5. The development of competition in Cuba and its impact on enterprise efficiency <i>Ivonne Rodríguez</i>	257
5.6. Latin American reflexions on the need of a multilateral framework for competition <i>Claudio Lara</i>	263
 Presentations PPT	
5. A. Technical cooperation and capacity building in the field of Competition Policy: UNCTAD's approach <i>Ana María Alvarez</i>	270
5.B. Competition Conditions and competition policies in Central America <i>Claudia Schatan</i>	271
5.C. Costa Rica experience in the FTA between Costa Rica and Canada Chapter on competition <i>Hazel Orozco</i>	272
5.D. Competition Advocacy in Argentina: horizontal mergers in a regulated Environment. The case of Electricity distribution in the Metropolitan Area of Buenos Aires. <i>Diego Petrecolla and Carlos Romero</i>	273

5.E.	The Nirvana ideology and its limits in guiding competition policy Enforcement <i>Ignacio de León</i>	274
5.F.	The development of competition in Cuba and its impact on enterprise efficiency <i>Ivonne Rodríguez</i>	275

Section VI. Other contributions from Experts and Delegates

6.1.	Some considerations on a Competition Law in Bolivia <i>Bolivian Ministry of Foreign Affairs</i>	278
6.2.	Trade associations and cartel leadership: a developing country experience <i>Roberto Castellanos Pfeiffer</i>	281
6.3.	Core Principles at the WTO. The application of a possible Multilateral framework on competition <i>Mónica Rodríguez</i>	290
6.4.	Competition Policy in Ecuador <i>Fausto Alvarado</i>	300
6.5.	Superintendency of Industry and Trade. Honduras	308
6.6.	Issues on the cooperation with countries establishing a competition Agency (the case of Nicaragua) <i>Haraxa Sandino</i>	313
6.7.	Competition Policy in Uruguay <i>Fanny Trylesinsky</i>	318

Presentations PPT

6.A	The Colombian Superintendency of Industry and Trade and the enforcement of competition law <i>Carlos Caycedo</i>	329
6.B.	Competition Law Project in Paraguay <i>Bruno Belmont</i>	330

List of abbreviations - Lista de abreviaciones - Lista de abreviações

ANATEL	Brazilian Telecommunication Regulatory Agency – Agencia Nacional de Telecomunicaciones - Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Brazilian Electricity Regulatory Agency – Agencia Nacional de Energía Eléctrica - Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Brazilian National Petroleum Regulatory Agency – Agencia Nacional del Petróleo - Agência Nacional do Petróleo
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation - Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico – Cooperação Econômica Ásia-Pacífico
CACM	Central American Common Market – Mercado Común Centroamericano – Mercado Comum da América Central
CADE	Administrative Council for Economic Defense – Consejo Administrativo de Defensa Económica - Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CARICOM	Caribbean Community – Comunidad del Caribe – Comunidade Caribenha
CIS	Commonwealth of Independent States - Comunidad de Estados Independientes (CEI) - Comunidade do Estados Independentes
CFC	Mexican Competition Comisión – Comisión Federal de Competencia – Comissão Federal de Concorrência
COPROCOM	Costa Rican Competition Commission - Comisión de Promoción de la Competencia de Costa Rica – Comissão para Promover a Concorrência de Costa Rica
FTAA	Free Trade Area of the Americas - Area de Libre Comercio de las Américas Área de Livre Comércio das Américas (ALCA)
FGV-EAESP	São Paulo Business School of Getulio Vargas Foundation – Escuela de Negocios de São Paulo de la Fundación Getulio Vargas - Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas
ECLAC	Economic Commission for Latin America and the Caribbean - Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) – Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe
EC	European Community – Comunidad Europea (CE) – Comunidade Européia
FDI	Foreign direct investments – Inversión Extranjera Directa (IED) – Investimento Direto Estrangeiro

FIESP	Federation of Industries of Sao Paulo State – Federación de Industrias del Estado de Sao Paulo - Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
GATS	General Agreement on Trade in Services – Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) – Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade – Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
FGV	Getulio Vargas Foundation – Fundación Getulio Vargas (FGV) – Fundação Getulio Vargas
Hard-core cartels	Carteles intrínsecamente nocivos – cartéis nocivos
IADB	InterAmerican Development Bank – Banco Interamericano de Desarrollo (BID) – Banco Interamericano de Desenvolvimento
IBRAC	Brazilian Institute for the Study of Competition and Consumer Relations - Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo
MCF	Multilateral Competition Framework - Marco Multilateral de Competência (MMC) - Marco Multilateral de Concorrência
MERCOSUR	Southern Common Market – Mercado Común del Sur (MERCOSUL) – Mercado Comum do Sul
MFN	Most favoured nation – Tratamiento de Nación mas favorecida – Tratamento de Nação Mais Favorecida
NAFTA	North American Free Trade Agreement – Tratado de Cooperación del Atlántico Norte (TLCAN) – Tratado de Livre Comércio da América do Norte
OAB	Brazilian Bar Association – Asociación de Abogados de Brasil - Ordem dos Advogados do Brasil
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development – Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
PROCOMPETENCIA	Superintendency for the Promotion and Protection of Competition - Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Venezuela) – Superintendência para a Promoção e a Proteção da Livre Concorrência
SEAE	Secretariat for Economic Monitoring – Secretaría de Acompañamiento Económico - Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda

S&D	Special and differential treatment - Trato especial y diferenciado (TED) – Cláusula do Tratamento Especial e Diferenciado destinado aos PEDs
SDE	Secretariat of Economic Law, Ministry of Justice – Secretaría de Derecho Económico, Ministerio de Justicia - Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça
SMEs	Small and medium-sized enterprise – PYMES: pequeñas y medianas empresas – Pequenas e médias empresas
TRIPs	Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights (WTO Agreement) – Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) -Aspectos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio
UADE	Argentinean Enterprise University - Universidad Argentina de la Empresa – Universidade Argentina da Empresa
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development - Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento
USP	University of São Paulo – Universidad de São Paulo - Universidade de São Paulo
WTO	World Trade Organization – Organización Mundial del Comercio (OMC) – Organização Mundial do Comércio

Transition economies - Economías en transición - Economias em Transição*

*the countries of Central and Eastern Europe (including the States formerly constituent republics of Yugoslavia), the Commonwealth of Independent States (CIS) and the Baltic States.

*los países de Europa central y oriental (incluidos los países que constituían antes repúblicas de Yugoslavia), la Comunidad de Estados Independientes (CEI) y los Estados bálticos.

*Os países da Europa Central do Leste (incluindo os Estados que anteriormente constituíam repúblicas da Iugoslávia), a Comunidade dos Estados Independentes (CEI) e os Estados Bálticos.

Executive summary

The regional seminar for Latin America and Caribbean countries on the Post – Doha WTO Competition issues took place in Sao Paulo (Brazil), in the Auditorium of Getulio Vargas Foundation, on 23 – 25 April 2003. UNCTAD organised this meeting jointly with the Administrative Council for Economic Defense (CADE) and the São Paulo School of Law of Getulio Vargas Foundation (FGV-EDESP), was attended by some 90 participants and experts from Argentina, Barbados, Bolivia, Brazil, Canada, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, France, Germany, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Switzerland, Trinidad and Tobago, United States, Uruguay and Venezuela. Moreover, resource persons from UADE and representatives from international organizations such as the WTO and from regional institutions such as the Andean Community, CARICOM, ECLAC and from Consumers International also took part in the meeting.

It is recalled that the WTO Doha Ministerial Declaration in its para. 24 called upon "other relevant intergovernmental organizations, including UNCTAD", to provide strengthened and adequately resourced assistance to respond to the needs of developing and least –developed countries for enhanced support for technical assistance and capacity – building in the field of competition policy " so that they can better evaluate the implications of closer multilateral cooperation for their development policies and objectives, and human and institutional development"

Accordingly, UNCTAD, in cooperation with the WTO and other organizations, prepared a first series of regional meetings in March – April 2002, of which the "Panama Conference on Competition Law and Policy: the Post – Doha Agenda", was held on 21 – 23 March 2002 for Latin American and Caribbean countries and three other regional meetings were held for Asia, Africa and countries in transition. A Consolidated Report of the four regional meetings on Post – Doha mandate was published by UNCTAD Secretariat in June 2002¹.

This year, UNCTAD organized a second round of regional Post – Doha conferences to take stock of progress achieved in this field since last year, and to exchange views among member countries in preparation for the Cancun WTO Ministerial meeting scheduled for 10 – 14 September 2003.

It is recalled that as decided in para 23 of the Doha Declaration , Ministers agreed "that negotiations will take place after the Fifth Session of the Ministerial Conference" in Cancun "on the basis of a decision to be taken, by explicit consensus, at that session on modalities of negotiations".

Hence, the seminar agenda was organized along five themes related to the preparations for the Cancun Ministerial. These themes were:

- (i) the role of competition in promoting trade, competitiveness and development, which included presentations on the adverse effects of international cartels on developing countries and the limits in this respect of domestic competition

¹ UNCTAD/DITD/CLP/Misc.23.

legislation; vertical restraints and abuse of dominance including mergers and sectors of relevance to developing countries; the challenges of implementing a competition regime in a small developing country; and competition, and competition policy and the promotion of SMEs. Each group of presentations was followed by an animated debate.

- (ii) Developments in bilateral and plurilateral (regional) agreements on competition in the region, under which presentations included bilateral agreements, competition policy in the Caribbean Community, the Andean Community, MERCOSUR and the FTAA Chapter on Competition.
- (iii) Stock-taking and exchange of views on the ongoing discussions at WTO on a possible multilateral framework on competition: this session included a review of proposed elements for a possible development-friendly multilateral framework; the relevance of WTO core trade principles and special and differential treatment for developing countries; competition policy in WTO sectoral agreements and the interaction between competition authorities and sectoral regulators;
- (iv) Reflections on the options and implications of a possible multilateral framework on competition for developing countries; including the case for flexibility and progressivity on competition rules for developing countries, lessons learnt from MERCOSUR member countries, and pros and cons of various possible elements of a comprehensive multilateral agreement on competition from the point of view of developing countries. Options for developing countries at Cancun included the pros and cons of a sectoral approach without a comprehensive multilateral competition framework as well.
- (v) In conclusion, the meeting held a panel discussion on "the way ahead" at the end of which the following text was agreed².
 - a) To continue the exchange of information and the coordination between countries with competition authorities and countries which still do not have competition law and policy. In particular, it was recognized the need to reinforce the efforts to evaluate the suitability of promoting a MFC in WTO.
 - b) To evaluate in more detail the suitability of adopting a proactive position on the part of developing countries in the region that includes the principle of Special and Differential Treatment, flexibility and progressivity and that includes non-reciprocal advantages for developing countries.
 - c) To continue and increase activities, including technical assistance for the capacity building of developing countries in the region, the interchange of experience and efforts for the adoption of norms on competition as well as the creation of institutions responsible for its implementation in the case of countries, which do not have competition laws.

² It was made clear that opinions expressed were those of the participants in their regional capacity and did not necessarily reflect the official position of the institutions or governments they represented.

On the basis of this Conference and those held in Kuala Lumpur (Malaysia) for the Asian and Pacific region; Nairobi (Kenya) for Africa and Tashkent (Uzbekistan) for East European and Commonwealth of Independent States (CIS) member countries, the UNCTAD secretariat prepared a Final Consolidated Report presented at the UNCTAD Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy in Geneva, on 2 – 4 July, 2003.

Before concluding, we would like to sincerely thank Mr. Rubens Ricupero, Secretary-General of UNCTAD, for his keynote videotaped message to the Seminar, which is reproduced below. Our sincere thanks also go to Ms. Elizabeth Daniel de Almeida and Sebastiana Fahnini from CADE, Tiago Cortez from the Getulio Vargas Foundation, and Ana María Alvarez, María Carmen Ligertwood and Pascal Garde from UNCTAD as well as all their colleagues and interpreters who made possible the organization and positive outcome of the Seminar. We would also like to commend the special efforts and contributions of HE Ambassador Eduardo Perez Motta of the Permanent Mission of Mexico to the WTO in Geneva and HE Ambassador Romel Adames of the Permanent Mission of Panama to the WTO in Geneva, as well as all the participants whose invaluable submissions are contained in this report.

Philippe Brusick
Head,
Competition and
Consumer Policies
Branch, UNCTAD

Joao Grandino Rodas
President, CADE

Ary Oswaldo Mattos Filho
Director,
Sao Paulo
Law School
FGV-EDESP

Resumen Ejecutivo

El seminario regional para los países de América Latina y el Caribe sobre los temas de Competencia de la OMC después de Doha tuvo lugar en Sao (Brasil), en el Auditorio de la Fundación Getulio Vargas del 23 al 25 de abril de 2003. La UNCTAD organizó esta reunión conjuntamente con el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) y la Escuela de Derecho de Sao Paulo de la Fundación Getulio Vargas (FGV-EDESP). El evento contó con la participación de aproximadamente 90 delegados y expertos de Alemania, Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Francia, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suiza, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Participaron también especialistas de instituciones como la UADE y representantes de organizaciones internacionales como la OMC y de instituciones regionales como la Comunidad Andina, la Comunidad del Caribe (CARICOM), la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (ECLAC), así como también Consumers Internacional.

Cabe hacer notar que la Declaración Ministerial de la OMC (Doha, Noviembre de 2001) en su párrafo 24 hace un llamado a "otras organizaciones intergubernamentales pertinentes, incluida la UNCTAD" para que faciliten la asistencia reforzada y dotada de recursos suficientes en respuesta a las necesidades de los países en desarrollo y menos adelantados de potenciar el apoyo a la asistencia técnica y la creación de capacidad en el área de políticas de competencia "para que puedan evaluar mejor las consecuencias de una cooperación multilateral más estrecha para sus políticas y objetivos de desarrollo, y el desarrollo institucional y humano".

De acuerdo con lo anterior, la UNCTAD, en cooperación con la OMC y otras organizaciones, preparó una primera serie de reuniones regionales entre los meses de marzo y abril de 2002. Entre éstas, la "Conferencia para la Región de América Latina y el Caribe sobre Leyes y Políticas de Competencia: Agenda Post-Doha", tuvo lugar en Panamá, del 21 al 23 de marzo de 2002 y se realizaron también reuniones regionales para Asia, Africa y las economías en transición. En junio de 2002¹ la secretaria de la UNCTAD publicó un Informe Consolidado de las cuatro reuniones regionales sobre el mandato post – Doha.

En el presente año, la UNCTAD organizó la segunda ronda de reuniones regionales post Doha con la finalidad de examinar los progresos alcanzados en el tema en relación con el año pasado e intercambiar puntos de vista entre los países miembros sobre los preparativos para la Conferencia Ministerial de Cancún prevista del 10 al 14 de septiembre de 2003.

Cabe mencionar que, tal como se menciona en el para 23 de la Declaración de Doha, los Ministros acordaron que "después del quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial se celebrarán negociaciones" en Cancún "sobre la base de

¹ UNCTAD/DITD/CLP/Misc.23.

una decisión que se ha de adoptar, por consenso explícito, en ese período de sesiones respecto de las modalidades de las negociaciones”.

En consecuencia, la agenda del seminario de Sao Paulo incluyó los siguientes temas relacionados con los preparativos de la Ministerial de Cancún:

- (i) El rol de la competencia en la promoción del comercio, la competitividad y el desarrollo que incluyó presentaciones sobre los efectos adversos de los carteles internacionales sobre los países en desarrollo y los límites de la legislación de competencia; las restricciones verticales y el abuso de posición de dominio incluyendo fusiones y sectores relevantes para los países en desarrollo; los retos que conlleva la implementación de un régimen de competencia en los países pequeños y la competencia, y la política de competencia en la promoción de las PYMES. Las presentaciones fueron seguidas de interesantes debate entre los participantes.
- (ii) Los recientes acontecimientos en cuanto a los acuerdos bilaterales y plurilaterales (incluyendo regionales) de la región latinoamericana y caribeña referidos al tema competencia. Se incluyeron presentaciones sobre acuerdos bilaterales, la política de competencia en la Comunidad del Caribe, la Comunidad Andina, MERCOSUR y el capítulo de competencia del ALCA
- (iii) El examen y el intercambio de puntos de vista sobre las discusiones realizadas en la OMC sobre un eventual marco multilateral de competencia; esta sesión incluyó una revisión de los elementos propuestos en un eventual marco multilateral favorable al desarrollo, los principios básicos del comercio de la OMC y el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, la política de competencia en los acuerdos sectoriales de la OMC y la interacción entre las autoridades de competencia y los reguladores sectoriales;
- (iv) Reflexiones sobre las opciones e implicaciones de un posible marco multilateral de competencia incluyendo el caso de la flexibilidad y progresividad en las normas de competencia de los países en desarrollo y las lecciones de los países de MERCOSUR y los aspectos positivos y negativos de un posible acuerdo integral multilateral sobre competencia desde el punto de vista de los países en desarrollo. En el examen de las opciones para los países en desarrollo se consideraron los aspectos negativos y positivos de un enfoque sectorial sin contemplar un marco multilateral de competencia
- (v) La reunión concluyó con un panel que evaluó las "expectativas posibles" al final del cual se acordó el texto siguiente².
 - a) Continuar con el intercambio de información y la coordinación entre los países que tienen autoridades de competencia y los que no tienen todavía una ley o política de competencia. En particular, se reconoció la necesidad de

² Se estableció claramente que las opiniones emitidas por los participantes se hicieron a título personal y no necesariamente reflejan las posiciones de los organismos a los cuales pertenecen.

redoblar esfuerzos con el fin de evaluar la conveniencia o no de promover un marco multilateral de competencia (MMC) en la OMC.

b) Evaluar más detalladamente la conveniencia de adoptar una posición proactiva de parte de los PED de la región que incluya el principio del Trato Especial y Diferenciado, la flexibilidad y la progresividad y que incorpore ventajas no recíprocas para los países en desarrollo.

c) Continuar e incrementar las actividades, incluyendo la asistencia técnica, que permitan el refuerzo de las capacidades de los PED de la región, el intercambio de experiencias y los esfuerzos para la adopción de normas en este campo así como la creación de los organismos encargados de su ejecución en el caso de los países que no cuentan con leyes y políticas de competencia.

En base a los resultados del Seminario y los eventos realizados en Kuala Lumpur (Malasia) para la región de Asia y el Pacífico, Nairobi (Kenia) para Africa y Tashkent (Uzbekistán) para los países de Europa del Este y la Comunidad de Estados Independientes (CIS), la secretaría de la UNCTAD preparó un Informe Final Consolidado presentado ante el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Ley y Política de Competencia celebrado en Ginebra del 2 al 4 de julio de 2003.

Antes de concluir, quisiéremos aprovechar la ocasión para agradecer al Embajador Rubens Ricupero Secretario, General de la UNCTAD por su interesante mensaje grabado transmitido durante la ceremonia de apertura del Seminario y cuyo texto se reproduce a continuación. Asimismo, deseáramos agradecer a Elizabeth Daniel de Almeida y Sebastiana Fahnini de CADE, Tiago Cortez de la Fundación Getulio Vargas, Ana María Alvarez, María Carmen Ligertwood y Pascal Garde de la UNCTAD así como todos sus colegas e intérpretes de la reunión, por su colaboración que permitió organizar y obtener resultados positivos del seminario. También quisiéramos agradecer los esfuerzos muy especiales realizados por Su Excelencia Embajador Eduardo Pérez Motta de la Misión Permanente de México ante la OMC en Ginebra y Su Excelencia Embajador Romel Adames de la Misión Permanente de Panamá ante la OMC en Ginebra así como a los participantes por sus valiosas contribuciones que se han incluido en este informe.

Philippe Brusick
Jefe,
Sección de Políticas
de Competencia
y Protección del
Consumidor
Branch, UNCTAD

Joao Grandino Rodas
Presidente, CADE

Ary Oswaldo Mattos
Director, Escuela de
Derecho de Sao Paulo
FGV-EDESP

Sumário Executivo

O Seminário Regional Pós-Doha para os Países da América Latina e Caribe sobre os Temas de Concorrência na Organização Mundial do Comércio (OMC) ocorreu em São Paulo (Brasil), no Salão Nobre da Fundação Getulio Vargas, entre os dias 23 e 25 de abril de 2003. Este encontro foi organizado pela UNCTAD em parceria com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV-EDESP).

O seminário contou com 90 participantes, dentre especialistas da Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, El Salvador, França, Alemanha, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suíça, Trinidad e Tobago, Estados Unidos, Uruguai e Venezuela. Também participaram pesquisadores da UADE, representantes de organismos internacionais, tais como OMC, de instituições regionais, como a Comunidade Andina, a CARICOM (Caribbean Community – Comunidade Caribenha), e a ECLAC (Economic Commission for Latin America & the Caribbean – Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe), além da ONG Consumers International.

Ressalte-se que a *Declaração Ministerial da OMC* (Doha, 2001), em seu parágrafo 24, convoca "outras organizações intergovernamentais, incluindo a UNCTAD", para fortalecer e prestar assistência adequada e especializada para responder às necessidades dos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, fornecendo suporte técnico e programas de capacitação em políticas de defesa da concorrência "de modo que estes países possam melhor avaliar as implicações de um Acordo Multilateral para suas políticas e objetivos de desenvolvimento econômico, humano e institucional".

De acordo com este entendimento, a UNCTAD, em cooperação com a OMC e com outras organizações, preparou uma primeira série de encontros regionais nos meses de Março e Abril de 2002, entre eles, a "Conferência do Panamá sobre o Direito e Política de Defesa da Concorrência: a Agenda Pós-Doha" aconteceu entre os dias 21 e 23 de março de 2002 e destinou-se aos países caribenhos e latino-americanos. Outros três encontros regionais aconteceram na Ásia, África e em países com economias em transição. Um relatório consolidado dos quatro encontros regionais realizados, sobre a diretiva Pós-Doha, foi publicado pelo Secretariado da UNCTAD em junho de 2002.¹

Este ano, a UNCTAD organizou uma segunda rodada de conferências regionais Pós-Doha para avaliar o progresso obtido desde o ano passado na esfera da defesa da concorrência e, também, para trocar experiências e opiniões entre os países membros, visando à preparação da Reunião Ministerial da OMC, a ser realizada em Cancun, entre os dias 10 e 14 de setembro de 2003.

Ressalte-se que, como dispõe o § 23 da Declaração de Doha, ficou decidido entre os Ministros que "as negociações ocorrerão após a Quinta Sessão da Conferência Ministerial"

¹ UNCTAD/DITD/CLP/Misc.23.

em Cancun “baseadas na decisão que será tomada, por consenso explícito, nas sessões em que se discutirão as modalidades de negociações”.

Desta forma, a agenda do Seminário foi organizada tendo como foco cinco temas relacionados aos preparativos para a Reunião Ministerial de Cancun, abordando os seguintes tópicos:

- (i) O papel da defesa da concorrência na promoção do comércio, da competitividade e do desenvolvimento. Este tema abarcou apresentações sobre os efeitos adversos dos cartéis internacionais em países em desenvolvimento, e os limites a esse respeito, na legislação nacional de defesa da concorrência; as restrições decorrentes de integração vertical e abuso de posição dominante, o que inclui a discussão sobre fusões em setores relevantes nos países em desenvolvimento; os desafios de implementar-se um regime de concorrência em um pequeno país em desenvolvimento; e, a concorrência e a política de defesa da concorrência e seus impactos no estímulo às pequenas e médias empresas. A cada grupo de apresentações foram seguidos intensos debates.
- (ii) Desenvolvimento de acordos bilaterais e plurilaterais (regionais) sobre concorrência na região. Neste tema, as apresentações abordaram os seguintes tópicos: acordos bilaterais, política de defesa da concorrência na CARICOM, na Comunidade Andina e no MERCOSUL, além do capítulo sobre Concorrência da ALCA.
- (iii) Levantamento e troca de opiniões sobre as discussões em andamento na OMC a respeito da elaboração de uma possível estrutura de acordo multilateral para a defesa da concorrência. Esta sessão incluiu: uma revisão dos elementos propostos para o desenvolvimento amigável (“development friendly”) de uma estrutura multilateral; a relevância dos princípios básicos (“core principles”) do comércio da OMC e do tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento; a política de defesa da concorrência em acordos setoriais da OMC e a interação entre autoridades antitruste e reguladoras setoriais.
- (iv) Reflexões sobre: as opções e as implicações de um possível marco multilateral (“multilateral framework”) de defesa da concorrência para países em desenvolvimento, incluindo a hipótese de flexibilidade e progressividade das regras de defesa da concorrência para países em desenvolvimento; as lições que se podem tirar das experiências nos países do MERCOSUL; os prós e contras dos diferentes elementos possíveis de um acordo multilateral abrangente de defesa da concorrência, a partir do ponto de vista dos países em desenvolvimento. Alternativas para países em desenvolvimento em Cancun, inclusive sobre os prós e os contras de uma abordagem setorial sem um acordo multilateral abrangente sobre concorrência.
- (v) Por fim, houve um painel de discussão sobre “o caminho a seguir”, no qual o seguinte texto foi convencionado².

²Deixou-se claro que as opiniões expressadas pelos participantes do Seminário não necessariamente refletem as posições oficiais das instituições ou governos que eles representam.

(a) Continuar o intercâmbio de informações e a coordenação de ações entre os países que possuem autoridades de defesa da concorrência e os países que ainda não têm legislação nem políticas de defesa da concorrência. Especialmente, reconheceu-se a necessidade de reforçar o empenho em avaliar o interesse da promoção de um Acordo Multilateral de Defesa da Concorrência na OMC.

(b) Avaliar mais detalhadamente o interesse dos países em desenvolvimento da região em adotar uma ação mais pró-ativa que objetive a adoção do Princípio do Tratamento Especial e Diferenciado, da Flexibilidade e Progressividade e que inclua, ainda, vantagens não-recíprocas para países em desenvolvimento.

(c) Continuar e aumentar atividades, incluindo assistência técnica para capacitação de países em desenvolvimento na região, o intercâmbio de experiências e esforços para adoção de normas de defesa da concorrência, e para a criação de instituições responsáveis pela sua implementação nos casos de países que não possuem legislação antitruste.

Baseado neste Seminário e nas conferências realizadas em Kuala Lumpur (Malásia), para as Regiões Asiática e do Pacífico; Nairobi (Quênia), para África; e Tashkent (Usbequistão), para o Leste Europeu e para os países membros da Comunidade dos Estados Independentes (CEI), o Secretariado da UNCTAD preparou um Relatório Final Consolidado que foi apresentado no encontro do Grupo Intergovernamental de Especialistas em Políticas e Legislação de Defesa da Concorrência da UNCTAD, realizado em Genebra, de 2 a 4 de julho de 2003.

Antes de concluir, nós gostaríamos de, sinceramente, agradecer ao Senhor Rubens Ricupero, Secretário Geral da UNCTAD, por sua mensagem gravada especialmente para o Seminário, abaixo transcrita. Nossos sinceros agradecimentos, também, às senhoras Elizabeth Daniel de Almeida e Sebastiana Fanhani do CADE, ao Tiago Cortez da Fundação Getúlio Vargas, e à Ana María Alvarez, María Carmen Ligertwood e Pascal Garde da UNCTAD, bem como a todos os seus colegas e intérpretes que tornaram possível a organização e o resultado positivo do Seminário. Também gostaríamos de registrar os especiais esforços e contribuições do Exmo. Embaixador Eduardo Pérez Motta, da Missão Permanente do México na OMC (Genebra), e do Exmo. Embaixador Romel Adames da Missão Permanente do Panamá na OMC (Genebra), assim como a todos os participantes, cujas preciosas contribuições estão contidas neste Relatório.

Philippe Brusick
Chefe,
Sección de
Concorrência
e Proteção do
Consumidor
UNCTAD

Joao Grandino Rodas
Presidente, CADE

Ary Oswaldo Mattos
Diretor, Escola de
Direito de São
Paulo, FGV-EDESP

**Message from Mr. Rubens Ricupero
Secretary-General of UNCTAD**

**Read at the opening ceremony of the Regional Seminar for Latin America and
Caribbean Countries on the post-Doha WTO Competition Issues**

São Paulo, 23 - 25 April 2003



It is with great pleasure that I greet you from Geneva on the occasion of the Regional Seminar for Latin America and Caribbean Countries on the post-Doha WTO Competition Issues. This seminar aims at assisting Latin American and Caribbean countries in harmonizing their position in the area of competition law and policy, in preparation for upcoming negotiations at the international and sub-regional level. Discussions at the seminar will also be of use for the preparations for UNCTAD XI, to be held in Sao Paulo in June 2004.

This seminar is the first official post-Doha event that UNCTAD is organizing jointly with entities of the Government of Brazil – the Administrative Council for Economic Defence (CADE) and the São Paulo School of Law of Getulio Vargas Foundation (EDESP/GVF) - as well as other Latin American and Caribbean institutions.

Having greeted my Brazilian compatriots in Portuguese, with the permission of the audience, I shall now address the other Latin American participants in Spanish.

I would like to tackle on the issue of competition policy from a Latin American perspective.

In my opinion, the importance of competition is independent of whether or not a decision is taken at the WTO meeting to be held in Cancun in September, where the possibility of negotiating a multilateral framework on competition within the WTO will be discussed.

Regardless of the decision to be taken in Cancun, it is increasingly acknowledged that competition issues need to be taken in consideration in the context of formulating and implementing development policies.

We are aware that Professor Joseph Stiglitz, in his now famous critique of the Washington Consensus, said that one of the main shortcomings of that Consensus was its neglect of the importance of competition policy for economic development and for the establishment of appropriate rules and institutions in the economy.

We must start from a solid base: if we accept that a market-based economy should promote development, then we need to recognize the need for appropriate competition laws that are working within a specific legal framework and institutions towards the attainment of that objective. In this regard, we must not think of competition as a marginal or luxury

component of development policy that a developing country can afford to postpone until it has achieved a given level of development.

UNCTAD has always considered competition to be an integral part of development strategies. Over the past 20 years it has worked extensively on formulating and implementing norms aimed at preventing or prohibiting restrictive business practices, such as cartels established by private enterprises to allocate both internal and external markets among themselves and to fix prices.

The importance of competition stems to a large extent from its being a basic and fundamental element of competitiveness. An adequate internal competition framework is indeed a necessary input into the development of a competitive market within an economy. Export performance is also boosted by a well-functioning competition framework. But competition has another dimension, the importance of which is increasingly recognized: I refer to that of consumer protection. If we want to shape the economy in such a way as to ensure a relatively high level of both competitiveness and consumer protection, then we need to formulate solid norms of competition.

In this respect, it is worth mentioning the danger originating from abuse of dominance in the market, particularly in such sensitive areas as health and food. In these sectors, there is a need to have adequate consumer protection, and to work towards that objective, especially in countries where such protection does not yet exist.

I would like at this point to turn to another desirable characteristic of competition policies, which is the need to establish competition norms in a gradual manner, without haste. Many developing countries do not have competition laws yet; in some developing countries such laws are at an early stage; and still others have considerable experience in this area. Each country must consider its specific characteristics and circumstances when formulating and implementing competition policy, and should be able to choose the rhythm at which to advance. It is for all these reasons that UNCTAD strives to tailor its technical assistance in the field of competition to the specific needs of each developing country.

A gradual approach should also be applied to the promotion of greater convergence among competition policies and laws within regional or sub-regional groupings, such as ALCA, MERCOSUR and the Andean Community.

If competition is to operate as an efficient tool for development, then the harmonisation of competition regulations should not entail the imposition of external patterns that countries may not be ready to follow. The experience gained by other countries and regions should also be considered, and their knowledge put to use, in favour of the harmonization of policies.

All these issues will be discussed during the seminar. We must try to prepare a publication from the outcome of the meeting, which gives shape to the central message given to you today: if we want to shape the economy in such a way as to ensure a relatively high level of both competitiveness and consumer protection, then we need to formulate solid norms of competition and review periodically their operation.

I am convinced that the outcome of this seminar will live up to the expectations that we have placed on it.

**Mensaje del Embajador Rubens Ricupero
Secretario General de la UNCTAD**

**leído en la ceremonia inaugural del Seminario regional post Doha para los países de
América Latina y el Caribe sobre los temas de competencia de la OMC**

São Paulo, 23 a 25 de abril de 2003



Es un gran placer para mí saludarles desde la lejana Ginebra en la ocasión del Seminario sobre Políticas de Competencia destinado a asistir a los países latinoamericanos y caribeños en la armonización de sus posiciones en materia de competencia en las negociaciones que se llevan a cabo en la OMC, el ALCA, el MERCOSUR, el Grupo Andino y otras organizaciones subregionales de América Latina y el Caribe.

Para mí es motivo de regocijo el hecho de que este seminario sea el primer acto oficial (posterior a Doha) que realiza la UNCTAD conjuntamente con entidades del gobierno brasileño - el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), la Escuela de Derecho de la Fundación Getulio Vargas - y otras instituciones latinoamericanas y caribeñas. Considero éste un acto preparatorio para la gran conferencia de la UNCTAD (la decimoprimer) que se realizará justamente en Sao Paulo en junio de 2004.

Después de saludar en portugués a mis compatriotas brasileiros y con el permiso de los presentes, me permito dirigirme en castellano a los otros participantes latinoamericanos.

Me gustaría enfocar el tema de las políticas de competencia desde una perspectiva latinoamericana.

A mi juicio la importancia de la competencia es independiente de que haya o no una decisión en la reunión de Cancún de la OMC en el mes de septiembre, ocasión en que se contemplará la posibilidad de negociar normas multilaterales en materia de competencia en el marco de la OMC.

Sea cual sea la decisión de Cancún, la necesidad de prestar atención a la competencia en el marco de las políticas de desarrollo se hace cada vez más evidente.

Sabemos que el Profesor Stiglitz, en su crítica hoy célebre sobre las insuficiencias del Consenso de Washington, decía que una de las principales deficiencias del mismo había sido precisamente el no haber dado atención al problema de la competencia en la economía real de los países así como en la formulación de normas y el establecimiento de instituciones.

Hay que partir de una realidad muy clara: si aceptamos que la economía de mercado debe promover el desarrollo, hay que reconocer que se necesita una competencia adecuada, con reglas e instituciones que permitan el logro de ese objetivo.

En ese sentido, no debe considerarse la competencia como un aspecto marginal o de lujo de la política de desarrollo, en otras palabras, como un objetivo de política que un país en desarrollo puede postergar hasta haber logrado un nivel dado de desarrollo.

En la UNCTAD, hemos pensado siempre lo contrario. Consideramos que la competencia es indisociable del desarrollo. Por ello es que nuestra organización se ha dedicado desde hace más de 20 años a trabajar en pro de la elaboración y ejecución de reglas encaminadas a prevenir y prohibir las prácticas restrictivas de los negocios, tales como los carteles establecidos entre empresas privadas para dividirse los mercados o fijar precios, o las decisiones en el interior de una gran empresa transnacional de dividir sus mercados de exportación.

La importancia de la competencia está relacionada en gran medida con el hecho de que la misma constituye un elemento básico de la competitividad. No se puede en efecto desarrollar una economía internacionalmente competitiva, con buen desempeño de las exportaciones, si no se cuenta con un marco de competencia de buena calidad a nivel interno. La competencia tiene otra dimensión; nos referimos a la protección del consumidor. Es preciso por ende adoptar normas de competencia encaminadas a garantizar un nivel adecuado de competitividad y de protección del consumidor.

Al respecto cabe mencionar el peligro que representan las posiciones dominantes de mercado, particularmente en áreas muy sensibles como lo son la salud y la alimentación. En estos sectores hay necesidad de una protección adecuada del consumidor, y se necesita trabajar a tal fin sobre todo en los países en que dicha protección no existe aún.

Quisiera referirme ahora a otra característica que debe estar presente en toda política de competencia. Se trata de la gradualidad, de la necesidad de incorporar progresivamente, sin precipitación, las normas de competencia. Sabemos que hay muchos países en desarrollo, inclusive en nuestro continente, que no tienen ley nacional de competencia. Otros países todavía se encuentran en un estado incipiente en esa área mientras que otros cuentan ya con una tradición a este respecto. Cada país deberá tener en cuenta sus características y problemas específicos en la formulación y ejecución de su política de competencia, así como en el ritmo en que avanza en este respecto. Es por eso que en la UNCTAD nos esforzamos por adaptar nuestra asistencia técnica en la materia a las necesidades específicas de cada país beneficiario de la misma.

La gradualidad debe también contemplarse en materia de armonización de leyes y prácticas de competencia a nivel multilateral e internacional, así como en el marco de agrupaciones regionales, como el ALCA, o subregionales, como el MERCOSUR y el Grupo Andino.

La necesidad de armonización de normas de competencia no debe significar una imposición artificial de patrones que los países en cuestión no están preparados para absorber. Al mismo tiempo deben analizarse las experiencias de otros países y regiones a fin de aprovechar dichas experiencias y utilizarlas en la armonización de las políticas de los países del continente.

En el programa del seminario van a discutirse todos esos aspectos. Debemos tratar de que al final se pueda producir una publicación en la que se dé forma a mi mensaje central de hoy: si se quiere lograr una economía capaz de asegurar un buen ritmo de crecimiento y de proteger al mismo tiempo al consumidor, necesitamos contar con instituciones sólidas y

normas de competencia y revisar periódicamente la forma en que operan y los resultados que obtienen.

Estoy seguro de que el resultado de este seminario estará a la altura de las expectativas que él suscita en todos nosotros.

**Regional Seminar for Latin America and Caribbean Countries
on the Post –Doha WTO Competition Issues
São Paulo, April 23-25, 2003**

Opening Remarks

by

*Dr. João Grandino Rodas, President,
Administrative Council for Economic Defense (CADE)*

On behalf of CADE and the Brazilian Competition Defense System, I would like to welcome all seminar participants and thank UNCTAD for honoring us by having chosen Brazil to host this important regional meeting. We are very pleased to have with us the competition authorities from most of the countries in this Hemisphere as well as competition authorities from European countries and representatives of regional and international organizations.

I would like to focus my brief introductory remarks on three fundamental issues which are increasingly important in this evermore competitive and globalized world: the crucial need for 1) capacity-building, 2) international cooperation, and 3) differentiated and flexible considerations in seeking the coordination of global competition policies. These themes will underlie many of the discussions and presentations you will be hearing in the next three days and it may be argued that their treatment will be critical as we consider the road ahead to Cancun.

Capacity Building

As you all know, this seminar has been developed by UNCTAD as part of its capacity-building program on competition law and policy and is in direct response to the WTO Ministers' citation in the Doha Declaration (November, 20, 2001 – paragraph 24), which explicitly stated the importance and need for capacity building in this area. We are all here because we know that capacity building goes beyond the mere transfer of information and is in fact aimed at the long range goal of ensuring national competence and sustainability, through optimizing both human and institutional capacities to that end.

The organization of this seminar as one of UNCTAD's regional meetings to discuss Post-Doha competition policy issues creates an opportunity for closer technical cooperation within the region as well as the individual and collective strengthening of the region's capabilities and coordination in responding to the challenges before us. The seminar program promises to explore linkages between trade and development, examine legal as well as economic aspects of competition policy, and also inform us regarding the differing experiences of countries and organizations represented at this seminar. As capacity building is neither a passive nor one-way proposition, we are looking forward to a lively exchange of views, experiences, questions and doubts which will afford us all a valuable opportunity to hear differing and also familiar concerns on a variety of issues.

International Cooperation

Closely related to the concept of a dynamic and collaborative model of capacity building is the potential of enhanced prospects for international cooperation. While there are numerous examples of formal cooperation based on international agreements, “informal” modalities are no less important, and your presence at this seminar provides an invaluable opportunity for establishing meaningful informal avenues for cooperation. As we exchange ideas and seek jointly to promote convergence towards “best practices”, we are also constructing the basis for the regions’ domestic competition authorities to reap the benefits of closer international cooperation.

Whether in examination of specific cases or in exploring the differing structures and approaches of competition regimes, the building of personal relationships helps to create critically needed trust and confidence, which are the basis of cooperation and eventually the regular coordination of activities. Undoubtedly better understanding of each other’s strengths and limitations are directly related to the ability and disposition of countries to help one another, for example in cases in which countries are targeted by anti-competitive practices and need to seek assistance from corresponding authorities in the countries where the practices originate or the firms are domiciled.

Differentiated Considerations within Competition Policy Cooperation

This rather awkward phrase tries to convey the concept underlying the call for special and differential treatment being discussed within the WTO negotiations for a multilateral competition framework, and includes the special concerns which have arisen in relation to the economies of small countries. Despite the importance of the international cooperation just mentioned, often the dissimilar level of development and unequal trade flows can limit the extent of that cooperation among countries within the international system. So it is important to keep in mind that as we seek cooperative and increasingly coordinated policies and enforcement attitudes among countries, we must also seek to ensure a measure of flexibility in dealings among the competition regimes of the region.

As an example of a clear need for a differentiated and flexible approach, we should be especially mindful of the problems of small countries, where, being often more dependent on foreign trade than larger economies, these small economies are also more vulnerable to offshore competitive practices and abuses of market power. And, in a recently published book by Michal Gal (*Competition Policy in Small Markets*, Harvard University Press), the author argues that “small economies need a specially tailored competition policy” since these countries are often unable to support multiple players and even if they are, “it is unrealistic to expect these smaller jurisdictions to block multinational mergers”.

Therefore, as the seminar discussions examine regional and bilateral arrangements and seek to evaluate the implications for closer multilateral cooperation, it is essential to emphasize the critical roles of capacity building, international cooperation and the need for more flexible provisions as necessary conditions required to more fully and equitably integrate all of the countries in the region.



UNCTAD



Conselho Administrativo de Defesa Econômica



**Regional Seminar for Latin America and Caribbean Countries
on the Post-Doha WTO Competition Issues - São Paulo, 23 - 25 April, 2003**

Agenda

Wednesday, April 23

08h30 - 09h00 Registration of participants at EDESP (Av. 9 de Julho, nº 2.029, 4th floor)

09h00 - 09h30 Opening speeches

João Grandino Rodas, President, Administrative Council for Economic Defense (CADE)

Ary Oswaldo Mattos Filho, Director, São Paulo School of Law of Getúlio Vargas Foundation (EDESP / FGV)

Ambassador *Rubens Ricupero*, Secretary General, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) by video presentation

Philippe Brusick, Head, Competition and Consumer Policies Branch (UNCTAD)

09h30 - 09h50 Coffee break

Section I

Competition and promoting trade, competitiveness and development

Moderator: *Gustavo Paredes*, Commission for Free Competition and Consumer Affairs (CICLAC), Panama

09h50 - 10h20

The Interface between competition, trade and development

Kurt Stockmann, Vice President, Federal Cartel Office (Bundeskartellamt), Germany

Leyda Reyes, Programme of Modernization of Foreign Trade and Trade Negotiations, Dominican Republic

10h20 - 10h50

Adverse effects of international cartels on developing countries: limits of domestic competition legislation

Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, former Minister of Justice, Brazil

François Souty, Competition Council, France

10h50 - 11h20

Open forum for discussions

11h20 - 11h50

Vertical restraints, abuse of dominance and mega-mergers in sectors of relevance to developing countries

Patrick Krauskopf, Swiss Competition Authority

Teresita Dutrenit, Trade General Directorate, Uruguay

11h50 - 12h20 **Competition policy and promotion of SMEs: General challenges of competition law for small developing countries**
Michelle Goddard, Chief Executive Officer, Fair Trading Commission
Barbados
Guido Rodas, Vice Minister, Ministry of Economy, Guatemala

12h20 - 12h50 Open forum for discussions
12h50 - 14h50 *Lunch break*

Section II

Bilateral and plurilateral agreements on competition
Moderator: *Calixto Salomão Filho*, São Paulo University (USP), Brazil

14h50 - 15h20 **Bilateral / Plurilateral Agreements**
Antonio Gonzalez Quirasco, Federal Competition Commission (CFC), Mexico
Russell Damtoft, Federal Trade Commission (FTC), United States

15h20 - 15h50 **Competition policies and trade liberalization in Caribbean countries: bilateral and plurilateral agreements**
Ivor Carryl, Caribbean Community (CARICOM) Secretariat
Barbara Lee, Fair Trading Commission (FTC), Jamaica

15h50 - 16h20 **Andean Community**
Graciela Ortiz, Andean Community
Gonzalo Ruiz, National Institute of Defense for Competition and Protection of Intellectual Property (INDECOPI), Peru

16h20 - 16h50 Open forum for discussions
16h50 - 17h10 *Coffee break*

17h10 - 17h40 **MERCOSUR**
Carlos Márcio Cozendey, Head, Division for Common Market Affairs (MERCOSUR), Ministry of Foreign Affairs, Brazil
Eduardo Montamat, Commissioner, National Competition Commission (CNDC) and National Coordinator for Mercosul Protocol, Argentina

17h40 - 18h10 **FTAA (chapter on competition)**
Ivanise de Melo Maciel, Deputy Chief, Comercial Defense and Safeguards Division, Ministry of Foreign Affairs, Brazil
Santiago Cembrano, Director, Economic Integration, Ministry of Trade, Industry and Tourism, Colombia

18h10 - 18h40 Open forum for discussions
20h30 *Dinner*

Thursday, 24 April

Section III

Continuing discussions on a possible multilateral framework on competition
Moderator: *Eduardo Montamat*, Commissioner, National Competition Commission (CNDC) and National Coordinator for Mercosul Protocol, Argentina

09h00 - 09h30 **A Development-friendly multilateral framework and S&D: the UN Set as a model**
Philippe Brusick, Head, Competition and Consumer Policy Branch, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)

09h30 - 10h00 **Relevance of WTO core trade principles and S&D for developing countries**
James Mathis, University of Amsterdam, Netherlands

10h00 - 10h30	Open forum for discussions
10h30 - 10h50	<i>Coffee break</i>
10h50 - 11h20	Competition policy in WTO sectoral agreements <i>Pierre Arhel</i> , Counsellor for Competition Policy, Intellectual Property Division, World Trade Organization (WTO)
11h20 - 11h50	Interaction between competition authorities and sectoral regulators <i>Mario Bravo</i> , Fiscalía Nacional Económica (FNE), Chile <i>Cleveland Prates Teixeira</i> , Commissioner, Administrative Council for Economic Defense (CADE), Brazil
11h50 - 12h20	Latest developments in the Working Group on the Interaction between Trade and Competition <i>Antonio Gonzales Quirasco</i> , Federal Competition Commission (CFC), Mexico <i>François Souty</i> , Competition Council, France
12h20 - 12h50	Open forum for discussions
12h50 - 14h30	<i>Lunch break</i>

Section IV

Reflexions on the options and implications of a possible multilateral framework on Competition

Moderator: *Philippe Brusick*, Head, Competition and Consumer Policy Branch,
United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)

14h30 - 14h50	Flexibility and progressivity in competition rules for developing countries: lessons from MERCOSUR countries <i>José Tavares de Araujo Junior</i> , Secretary for Economic Monitoring (SEAE), Brazil
---------------	--

14h50 - 16h20	Pros and cons of a possible comprehensive multilateral agreement on competition
---------------	--

Round table discussion chaired by Ambassador *Eduardo Pérez Motta*, Permanent
Mission of Mexico to the World Trade Organization (WTO)

Panelists:

Ambassador *Romel Adames*, Permanent Mission of the Republic of Panama to the
World Trade Organization (WTO)

Core trade principles

James Mathis, University of Amsterdam, Netherlands

Core competition principles

Daniel Krepel Goldberg, Secretary of Economic Law (SDE), Ministry of Justice,
Brazil

Dispute Settlement Mechanism

Russell Damtoft, Federal Trade Commission (FTC), United States

Peer reviews

Andrea Bruce, Department of Foreign Affairs and International Trade, Canada

Special and Differential Treatment

Verónica Silva, Economic Commission for Latin America and the Caribbean
(ECLAC), Chile

Concluding remarks

16h20 - 16h50	Open forum for discussions
16h50 - 17h10	<i>Coffee break</i>

17h10 - 18h40

Pros and cons of a sectoral approach without a comprehensive multilateral competition framework

Round table discussion chaired by *Philippe Brusick*, Head, Competition and Consumer Policy Branch, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)

Panelists:

Gesner de Oliveira, former President, Administrative Council for Economic Defense (CADE), Brazil

Philip Marsden, Legal expert on trade and competition, United Kingdom

James Mathis, University of Amsterdam, Netherlands

María Inés Rodríguez, Foreign Affairs and Foreign Trade Ministry, Argentina

Homero Larrea, General Directorate of World Trade, Ministry of Foreign Affairs, Ecuador

Friday, 25 April

Section V

“Possible way ahead”

Moderador: *Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer*, Commissioner, Administrative Council for Economic Defense (CADE), Brazil

09h00 - 10h30

Technical cooperation and capacity building

Ana María Alvarez, Coordinator of activities for the Latin American and Caribbean region. Competition and Consumer Policy Branch, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)

The Central American experiences on competition matters

Claudia Schatan, Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), Mexico

Experiences of the Canada-Costa Rica agreement (chapter on competition)

Hazel Orozco, Commission to Promote Competition (COPROCOM), Costa Rica

Recent experiences in Peer Review: the case of Chile

Carmen Gloria Vega, Fiscalía Nacional Económica (FNA), Chile

Competition advocacy

Diego Petrecolla, Enterprise University of Argentina (UADE)

Developing a competition culture

Ignacio de León, Catholic University Andrés Bello, Venezuela

The development of competition in Cuba and impact on enterprise efficiency

Ivonne Rodríguez, Ministry of Economy, Cuba

A possible multilateral framework for competition: the perspective of the Latin American consumers

Claudio Lara, Consumers International, Latin American and Caribbean Office

10h30 - 11h00

Coffee break

11h00 - 13h00

Roundtable and conclusions

13h00

Lunch



UNCTAD



**Seminario Regional Post Doha para los países de América Latina y el Caribe
sobre los temas de Competencia de la OMC - São Paulo, 23 - 25 de abril de 2003**

AGENDA

Miércoles, 23 de abril

- 08h30 - 09h00 Registro de participantes en la EDESP / FGV (Av. 9 de julio, nº 2.029, 4º piso)
- 09h00 - 09h30 Discursos de apertura
- João Grandino Rodas*, Presidente del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE)
- Ary Oswaldo Mattos Hijo*, Director de la Escuela de Derecho de Sao Paulo y de la Fundación Getúlio Vargas (EDESP / FGV)
- Embajador *Rubens Ricupero*, Secretario General de la Conferencia de las Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (UNCTAD), por medio de presentación de video
- Philippe Brusick*, Jefe, Políticas de Competencia y Protección del Consumidor de la Conferencia de las Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (UNCTAD)
- 09h30 - 09h50 *Refrigerios*
- Sección I**
- Rol de la competencia en la promoción del comercio, la competitividad y el desarrollo**
Moderador: *Gustavo Paredes*, Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CICLAC), Panamá
- 09h50 - 10h20 **Relación entre competencia, comercio y desarrollo**
Kurt Stockmann, Oficina Federal de Competencia, Alemania
Leyda Reyes, Programa de Modernización del Comercio Exterior y Negociaciones Comerciales, República Dominicana
- 10h20 - 10h50 **Efectos adversos de los carteles internacionales sobre los países en desarrollo: límites de la legislación nacional de competencia**
Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, ex-Ministro de Justicia, Brasil
François Souty, Consejo de la Competencia, Francia
- 10h50 - 11h20 Foro abierto para discusiones
- 11h20 - 11h50 **Restricciones verticales, abuso de poder dominante y megafusiones en sectores relevantes para los países en desarrollo**
Patrick Krauskopf, Agencia de Competencia Suiza (COMCO).
Teresita Dutrenit, Dirección General de Comercio, Uruguay

- 11h50 - 12h20 **La política de Competencia y la promoción de las PYMES. Retos de la ley de competencia en el caso de países pequeños en desarrollo**
Michelle Goddard, Jefe, Comisión de Comercio (FTC), Barbados
Guido Rodas, Viceministro, Ministerio de Economía, Guatemala
- 12h20 - 12h50 Foro abierto para discusiones
- 12h50 - 14h50 *Almuerzo*
- Sección II**
Acuerdos Bilaterales y Plurilaterales sobre competencia
- Moderator: *Calixto Salomão Filho*, Universidad de São Paulo (USP), Brasil
- 14h50 - 15h20 **Acuerdos Bilaterales / Plurilaterales**
Antonio Gonzalez Quirasco, Comisión Federal Mexicana de Competencia (CFC)
Russell Damtoft, Comisión de Comercio (FTC), Estados Unidos
- 15h20 - 15h50 **Comunidad del Caribe: Políticas de Competencia y liberalización del comercio en los países del Caribe. Acuerdos bilaterales y plurilaterales**
Ivor Carryl, Secretaría de la Comunidad del Caribe (CARICOM)
Barbara Lee, Directora Ejecutiva, Comisión de Comercio (FTC), Jamaica
- 15h50 - 16h20 **Comunidad Andina**
Graciela Ortiz, Comunidad Andina
Gonzalo Ruiz, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Perú
- 16h20 - 16h50 Foro abierto para discusiones
- 16h50 - 17h10 *Refrigerios*
- 17h10 - 17h40 **MERCOSUR**
Carlos Márcio Cozendey, Jefe, División de Mercado Común (MERCOSUR) del Ministerio de Relaciones Exteriores, Brasil
Eduardo Montamat, Vocal, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Coordinador General de Argentina del Protocolo de Defensa de la Competencia de MERCOSUR, Argentina
- 17h40 - 18h10 **ALCA (Capítulo de Competencia)**
Ivanise de Melo Maciel, sub-Jefe, División de Defensa Comercial y Salvaguardias, Ministerio de Relaciones Exteriores, Brasil
Santiago Cembrano, Director de Integración Económica, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Colombia
- 18h10 - 18h40 Foro abierto para discusiones
- 20h30 *Cena*

Jueves, 24 de abril

Sección III

Seguimiento de las discusiones acerca de un eventual marco multilateral de competencia

Moderador: *Eduardo Montamat*, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Coordinador General de Argentina del Protocolo de Defensa de la Competencia de MERCOSUR, Argentina

- 09h00 - 09h30 **Un marco multilateral favorable al desarrollo y el Trato Especial y Diferenciado (TED): el Conjunto de la ONU como modelo**
Philippe Brusick, Jefe, Políticas de Competencia y Protección del Consumidor de la Conferencia de las Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

- 09h30 - 10h00 **Principios básicos del comercio de la OMC y el Trato Especial y Diferenciado: aspectos relevantes para los países en desarrollo**
James Mathis, Universidad de Amsterdam, Países Bajos
- 10h00 - 10h30 Foro abierto para discusiones
10h30 - 10h50 *Refrigerios*
- 10h50 - 11h20 **Política de Competencia en los acuerdos sectoriales de la OMC**
Pierre Arhel, Organización Mundial del Comercio (OMC)
- 11h20 - 11h50 **La interacción entre agencias de competencia y reguladores sectoriales**
Mario Bravo, Fiscalía Nacional Económica (FNE), Chile
Cleveland Prates Teixeira, Comisionado, Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), Brasil
- 11h50 - 12h20 **Recientes desarrollos en el Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia**
Antonio Gonzales Quirasco, Comisión Federal Mexicana de Competencia (CFC)
François Souty, Consejo de la Competencia, Francia
- 12h20 - 12h50 Foro abierto para discusiones
12h50 - 14h30 *Almuerzo*

Sección IV

Reflexiones sobre las opciones e implicaciones de un posible marco multilateral de competencia

Moderador: *Philippe Brusick*, Jefe, Sección de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor de la Conferencia de las Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

- 14h30 - 14h50 **Flexibilidad y progresividad en las normas de competencia de países en desarrollo: lecciones de los países de MERCOSUR**
José Tavares de Araujo, Secretaría de Acompañamiento Económico (SEAE), Brasil
- 14h50 - 16h20 **Aspectos positivos y negativos de un posible acuerdo integral multilateral sobre competencia**
Mesa Redonda a cargo de Embajador *Eduardo Pérez Motta*, Misión Permanente de México ante la Organización Mundial del Comercio (OMC)

Panelistas

Embajador Romel Adames, Misión Permanente de la República de Panamá ante la Organización Mundial del Comercio (OMC)

- **Principios básicos del comercio**
James Mathis, Universidad de Amsterdam, Países Bajos
- **Principios básicos de Política de Competencia**
Daniel Krepel Goldberg, Secretariado de Derecho Económico (SDE), Ministerio de Justicia, Brasil
- **Mecanismo de Solución de Controversias**
Russell Damtoft, Comisión Federal de Comercio (FTC), Estados Unidos
- **Revisión entre Homólogos**
Andrea Bruce, Departamento de Asuntos Externos y Comercio Internacional, Canadá
- **Trato Especial y Diferenciado**
Verónica Silva, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Chile

Conclusiones

16h20 - 16h50 Foro abierto para discusiones
16h50 - 17h10 *Refrigerios*
17h10 - 18h40 **Aspectos positivos y negativos de un enfoque sectorial sin contemplar un marco multilateral de competencia**
Mesa Redonda a cargo de *Philippe Brusick*, Jefe, Sección de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor de la Conferencia de las Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

Panelistas:

Gesner de Oliveira, ex-Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Brasil

Philip Marsden, experto legal, Comercio y Competencia, Reino Unido

James Mathis, Universidad de Amsterdam, Países Bajos

María Inés Rodríguez, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Argentina

Homero Larrea, Dirección General del Comercio Mundial, Ecuador

Viernes, 25 de abril

Sección V

Expectativas posibles

Moderator: *Fernando de Oliveira Marques*, Comisionado, Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), Brasil

09h00 - 10h30

Cooperación técnica y reforzamiento de capacidades

Ana María Alvarez, Coordinadora de actividades para la región de América Latina y el Caribe. Sección de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor, Conferencia de las Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

Experiencias de la región centroamericana en materia de competencia

Claudia Schatan, Oficina de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), México

Experiencias del Acuerdo Canadá-Costa Rica (capítulo de competencia)

Hazel Orozco, Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), Costa Rica

Experiencias recientes en cuanto a Revisiones entre Homólogos: el caso de Chile

Carmen Gloria Vega, Fiscalía Nacional Económica (FNE), Chile

La abogacía de la competencia

Diego Petrecolla, Universidad Argentina de la Empresa (UADE), Argentina

Aspectos de interés en el desarrollo de una cultura de la competencia

Ignacio de León, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

El desarrollo de la competencia en Cuba y su papel en la mejora de la eficiencia en el sector empresarial

Ivonne Rodríguez, Ministerio de Economía, Cuba

Un posible marco multilateral de competencia: la perspectiva de los consumidores latinoamericanos

Claudio Lara, Consumers International, Oficina para América Latina y el Caribe (ROLAC)

10h30 - 11h00

Refrigerios

11h00 - 13h00

Mesa redonda y conclusiones

13h00

Almuerzo



UNCTAD



Seminário Regional Pós Doha dos Países da América Latina e Caribe sobre os Temas de Concorrência na OMC - São Paulo, 23 - 25 de abril de 2003

PROGRAMA

Quarta-feira, 23 de abril

08h30 - 09h00 Registro dos participantes na EDESP / FGV (Av. 9 de Julho, nº 2.029, 4º andar)

09h00 - 09h30 Discursos de abertura

João Grandino Rodas, Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

Ary Oswaldo Mattos Filho, Diretor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EDESP / FGV)

Embaixador **Rubens Ricúpero**, Secretário Geral da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), por meio de apresentação de vídeo

Philippe Brusick, Chefe de Políticas de Concorrência e Proteção do Consumidor da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)

09h30 - 09h50 *Coffee break*

Sessão I

Concorrência e promoção do comércio, competitividade e desenvolvimento

Moderador: **Gustavo Paredes**, Comissão de Livre Concorrência e Assuntos do Consumidor (CLICAC), Panamá

09h50 - 10h20

Relação entre concorrência, comércio e desenvolvimento

Kurt Stockmann, Vice Presidente do Departamento Federal de Cartéis (Bundeskartellamt), Alemanha

Leyda Reyes, Programa de Modernização do Comércio Exterior e Negociações Comerciais, República Dominicana

10h20 - 10h50

Efeitos adversos dos cartéis internacionais sobre os países em desenvolvimento: limites da legislação nacional de concorrência

Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, ex-Ministro da Justiça, Brasil

François Souty, Conselho de Concorrência, França

10h50 - 11h20

Foro aberto para discussões

11h20 - 11h50

Restrições verticais, abuso de poder dominante e megafusões em setores relevantes para os países em desenvolvimento

Patrick Krauskopf, Agência de Concorrência Suíça

Teresita Dutrenit, Direção Geral de Comércio, Uruguai

11h50 - 12h20 **A política da concorrência e a promoção das pequenas e médias empresas dos países em desenvolvimento**
Michelle Goddard, Chefe da Comissão de Comércio, Barbados
Guido Rodas, Vice Ministro do Ministério da Economia, Guatemala

12h20 - 12h50 Foro aberto para discussões
12h50 - 14h50 *Almoço*

Sessão II

Acordos bilaterais e plurilaterais sobre concorrência

Moderador: *Calixto Salomão Filho*, Universidade de São Paulo (USP), Brasil

14h50 - 15h20 **Acordos Bilaterais / Plurilaterais**
Antonio Gonzalez Quirasco, Comissão Federal de Concorrência (CFC), México
Russell Damtoft, Comissão Federal de Comércio (FTC), EUA

15h20 - 15h50 **CARICOM: Política de concorrência e liberalização do comércio no Caribe. Referência especial aos acordos bilaterais e plurilaterais**
Ivor Carryl, Secretariado da Comunidade Caribenha
Barbara Lee, Comissão de Comércio, Jamaica

15h50 - 16h20 **Comunidade Andina**
Graciela Ortiz, Comunidade Andina
Gonzalo Ruiz, Instituto Nacional de Defesa da Concorrência e da Proteção da Propriedade Intelectual (INDECOPI), Peru

16h20 - 16h50 Foro aberto para discussões
16h50 - 17h10 *Coffee break*

17h10 - 17h40 **Mercosul**
Carlos Márcio Cozendey, Chefe da Divisão de Mercado Comum (Mercosul), Ministério das Relações Exteriores, Brasil
Eduardo Montamat, Conselheiro da Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC) e Coordenador Nacional do Protocolo de Concorrência do Mercosul, Argentina

17h40 - 18h10 **ALCA (capítulo sobre concorrência)**
Ivanise de Melo Maciel, sub-Chefe da Divisão de Defesa Comercial e Salvaguardas do Ministério das Relações Exteriores, Brasil
Santiago Cembrano, Diretor de Integração Econômica, Ministério do Comércio, Indústria e Turismo, Colômbia

18h10 - 18h40 Foro aberto para discussões
20h30 *Jantar*

Quinta-feira, 24 de abril

Sessão III

Prosseguimento das discussões a respeito de um eventual marco multilateral sobre concorrência

Moderador: *Eduardo Montamat*, Conselheiro da Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC) e Coordenador Nacional do Protocolo de Concorrência do Mercosul, Argentina

09h00 - 9h30 **Um marco multilateral favorável ao desenvolvimento: o Conjunto da ONU como modelo**
Philippe Brusick, Chefe da Seção de Políticas de Concorrência e Proteção do Consumidor da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)

- 09h30 - 10h00 **Princípios básicos do comércio da OMC e o Tratamento Especial e Diferenciado: aspectos relevantes para os países em desenvolvimento**
James Mathis, Universidade de Amsterdam, Holanda
- 10h00 - 10h30 Foro aberto para discussões
10h30 - 10h50 *Coffee break*
- 10h50 - 11h20 **Política de concorrência nos acordos setoriais da Organização Mundial do Comércio (OMC)**
Pierre Arhel, Organização Mundial do Comércio (OMC)
- 11h20 - 11h50 **A interação entre agências de concorrência e reguladores setoriais**
Mario Bravo, Fiscalía Nacional Económica (FNE), Chile
Cleveland Prates Teixeira, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Económica (CADE), Brasil
- 11h50 - 12h20 **Recentes progressos do Grupo de Trabalho sobre Interação entre Comércio e Concorrência**
Antonio Gonzales Quirasco, Comissão Federal de Concorrência (CFC), México
François Souty, Conselho de Concorrência, França
- 12h20 - 12h50 Foro aberto para discussões
12h50 - 14h30 *Almoço*

Sessão IV

Reflexões sobre as opções e implicações para os países da América Latina e Caribe na adoção de um marco multilateral sobre concorrência

Moderator: *Philippe Brusick*, Chefe da Seção de Políticas de Concorrência e Proteção do Consumidor da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)

- 14h30 - 14h50 **Flexibilidade e progressividade nas normas de concorrência nos países em desenvolvimento: lições dos países do Mercosul**
José Tavares de Araujo, Secretário de Acompanhamento Económico (SEAE), Ministério da Fazenda, Brasil

- 14h50 - 16h20 **Aspectos positivos e negativos de um possível marco multilateral sobre concorrência**

Mesa redonda a cargo do Embaixador *Eduardo Pérez Mota*, Missão Permanente do México na Organização Mundial do Comércio (OMC)

Panelistas:

Embaixador *Romel Adames*, Missão Permanente da República do Panamá na Organização Mundial do Comércio (OMC)

Princípios básicos do comércio

James Mathis, Universidade de Amsterdam, Holanda

Princípios básicos de política de concorrência

Daniel Krepel Goldberg, Secretário de Direito Económico (SDE), Ministério da Justiça, Brasil

Mecanismos de Solução de Controvérsias

Russell Damtoft, Comissão Federal de Comércio (FTC), Estados Unidos

“Peer Review”

Andrea Bruce, Departamento de Assuntos Externos e Comércio Internacional, Canadá

Tratamento Especial e Diferenciado

Verónica Silva, Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL), Chile

16h20 - 16h50

Foro aberto para discussões

16h50 - 17h10

Coffee break

17h10 - 18h40

Aspectos positivos e negativos de preferir-se um enfoque setorial a um marco multilateral sobre concorrência

Mesa redonda a cargo de *Philippe Brusick*, Chefe da Seção de Políticas de Concorrência e Proteção do Consumidor da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)

Panelistas:

Gesner de Oliveira, ex-Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Brasil

Philip Marsden, Consultor Jurídico sobre Comércio e Concorrência, Reino Unido

James Mathis, Universidade de Amsterdam, Holanda

María Inés Rodríguez, Ministério de Comércio e Relações Exteriores, Argentina

Homero Larrea, Departamento de Comércio Internacional, Ministério das Relações Exteriores, Equador

Sexta-feira, 25 de abril

Sessão V

Expectativas possíveis

Moderator: *Fernando de Oliveira Marques*, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Brasil

09h00 - 10h30

Cooperação técnica e treinamento

Ana María Alvarez, Divisão de Políticas de Concorrência e do Consumidor da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)

Experiências da América Central em matéria de concorrência

Claudia Schatan, Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL), México

Experiências do acordo Canadá – Costa Rica (capítulo sobre concorrência)

Hazel Orozco, Comissão para Promover a Concorrência (COPROCOM), Costa Rica

Experiências recentes sobre “Peer Review”: o caso do Chile

Carmem Gloria Vega, Fiscalía Nacional Económica (FNE), Chile

Competition advocacy

Diego Petrecolla, Universidade Argentina da Empresa (UADE)

Desenvolvimento de uma cultura de concorrência

Ignacio de León, Universidade Católica Andrés Bello, Venezuela

O desenvolvimento da concorrência em Cuba e seu impacto na eficiência do setor privado

Ivonne Rodríguez, Ministério da Economia, Cuba

Um possível acordo multilateral sobre concorrência: a perspectiva dos consumidores latino-americanos

Claudio Lara, Consumers International, Divisão de América Latina e Caribe

10h30 - 11h00

Coffee break

11h00 - 13h00

Mesa redonda e conclusões

13h00

Almoço

Regional Seminar for Latin America and Caribbean Countries
on the Post-Doha WTO Competition Issues - São Paulo, 23 - 25 April, 2003

Reunión Regional para América Latina y el Caribe sobre la Política de
Competencia en la Agenda Post Doha de la OMC
San Paulo, Brasil, del 23 al 25 de Abril 2003

Seminário Regional Pós Doha dos Países da América Latina e Caribe sobre os
Temas de Concorrência na OMC - São Paulo, 23 - 25 de abril de 2003

List of participants
Lista de participantes

Argentina

Marina Bidart
Abogado
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
Buenos Aires - Argentina

Eduardo Montamat
Vocal
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
Buenos Aires -Argentina

Maria Inés Rodríguez
Dirección de Negociaciones Económicas Multilaterales
Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional
Buenos Aires – Argentina

Barbados

Michelle Goddard
Executive Director
Fair Trading Commission
St. Michael - Barbados

Bolivia

Lourdes Rosario Espinoza Sahonero
Responsable de Políticas de Competencia en el marco de la Comunidad Andina y el ALCA
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto
La Paz – Bolivia

Cecilia Martínez
Responsable de la OMC
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto
La Paz – Bolivia

Brazil

Kélvia Frota de Albuquerque
SEAE Chefe de Gabinete

Elizabeth Kathleen Daniel de Almeida
CADE
Assessora Internacional

Thompson Almeida Andrade
CADE
Conselheiro

Tito Amaral de Andrade
USP
Professor

Maria Cecília Andrade
OAB
Advogada

Antonio Ignacio Angarita Ferreira da Silva
FGV-EDESP
Vice-Diretor

Daniela Arruda Benjamin
MRE
Segunda Secretária

Arthur Badin
SDE
Chefe de Gabinete

Arthur Barrionuevo Filho
FGV
Professor – EAESP

Carlos Márcio Bicalho Cozendey
MRE
Conselheiro

José Carlos Busto
IBRAC

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer
CADE
Conselheiro

Bruno Carazza dos Santos
CADE
Gestor

Maria Paula Dallari Bucci
CADE
Procuradora-Geral

Brazil (cont'd)

Rafael De Carvalho Nagib
CADE
Assessor

Frederico De Carvalho Paiva
CADE
Procurador

Ivanise De Melo Maciel
MRE
Primeira Secretária

Gesner De Oliveira Filho
FGV-EAESP
Professor

Fernando De Oliveira Marques
CADE
Conselheiro

Raquel Diniz Martins Souto
CADE
Auxiliar Administrativa

Antonio Fernando Guimarães Bessa
FIESP
Diretor do Departamento de Relações Internacionais e Comércio Exterior

João Grandino Rodas
CADE
Presidente

Alexandre Gheventer
CADE
Assessor

Sebastiana Fanhani
CADE
Chefe de Gabinete

Guilherme Favaro Ribas
SDE
Coordenador-Geral

Eduardo Freitas Alvim
CADE
Auxiliar Administrativo

Moacir Guimarães Morais Filho
Ministério Público Federal
Procurador

Brazil (cont'd)

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo
SEAE
Coordenador Geral

Daniel Krepel Goldberg
Secretário da SDE

Rafaela Lacorte Vitale Pimenta
USP
Professora

Afonso Lamounier de Moura
CIEE Superintendente

Maria Lúcia Labate Mantovanini Pádua Lima
FGV-EAESP
Professora

Ana Carolina Lopes de Carvalho
CADE
Assessora

Tiago Machado Cortez
FGV-EDESP
Coordenador

Fernando de Magalhães Furlan
MDIC
Chefe de Gabinete

José Carlos Magalhães Teixeira Filho
OAB
Advogado

Rutelly Marques da Silva
CADE
Gestor

Marcel Medon Santos
SDE
Coordenador-Geral Assuntos Jurídicos

Alexandre Padula Jannuzzi
CADE
Assistente

Ana Lúcia Palhano Leal
ANATEL
Assessora

Isaac Pinto Averbuch
ANEEL
Diretor

Brazil (cont'd)

Ronaldo Porto Macedo Junior
CADE
Conselheiro

Isabel Ramos de Sousa
SEAE
Coordenadora

Luis Fernando Rigato Vasconcellos
SEAE
Secretário-Adjunto

Bárbara Rosemberg
SDE
Diretora

Susana Salum Rangel
CADE
Auxiliar Administrativa

Daniel Santos Guimarães
CADE
Assessor Técnico

Maria Elisa Simões de Ouro Preto
ANP
Superintendente de Relações Institucionais

Calixto Salomão Filho
USP
Professor

Beatriz Soares da Silva
CADE
Assessora Técnica

Sueli Staicov
USP
Professora

Paulo de Tarso Ramos Ribeiro
FGV
Coordenador

José Tavares de Araujo Junior
SEAE
Secretário

Miguel Tebar Barrionuevo
CADE
Conselheiro

Brazil (cont'd)

Rodrigo Zingales do Nascimento
OAB
Advogado

Canada

Andrea Bruce
Senior Trade Policy Analyst. Investment Trade Policy Division
Department of Foreign Affairs International Trade
Ottawa – Canadá

Chile

Carmen Gloria Vega
Departamento de Análisis Técnico y Mercados Regulados
Fiscalía Nacional Económica
Santiago –Chile

Mario Bravo
Fiscalía Nacional Económica
Santiago –Chile

Colombia

Carlos Caycedo
Superintendente Adjunto
Superintendencia de Industria y Comercio
Santa Fe de Bogotá - Colombia

Santiago Cembrano Cabrerías
Director de Integración Económica
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Santa Fe de Bogotá – Colombia

Costa Rica

Hazle Orozco Chavarría
Encargada
Unidad Técnica de Apoyo
Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM)
San José - Costa Rica

Cuba

Yvonne Rodríguez
Ministerio de Economía y Planificación
Habana – Cuba

Mónica Rodríguez
Especialista en Política Comercial.
Dirección de Organismos Internacionales
Ministerio del Comercio Exterior
Habana – Cuba

Dominican Republic / República Dominicana

Señora Leyda Reyes
Coordinadora Programa Modernización del Comercio Exterior
Secretariado Técnico de la Presidencia
Santo Domingo - República Dominicana

Ecuador

Homero Larrea
Dirección General de Comercio Exterior.
Ministerio de Relaciones Exteriores
Quito – Ecuador

Fausto Alvarado
Asesor en el área de Política de Competencia
Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Competitividad y Pesca
Quito – Ecuador

El Salvador

Celina Escolán
Asesora del Despacho
Ministerio de Economía
San Salvador - El Salvador

Guatemala

Guido Rodas
Viceministro de Competencia e Inversión
Ministerio de Economía
Ciudad de Guatemala – Guatemala

Haiti

Gerd Pasquet
Attorney at Law
Port-au-Prince, Haití

Honduras

Señora Jessica Maria Campos Acosta
Asesora Legal. Dirección General de Producción y Consumo
Tegucigalpa - Honduras

Salvador Melgar Ascencio
Viceministro de Desarrollo Empresarial y Comercio Interior
Secretaría de Industria y Comercio

Jamaica

Barbara Lee
Executive Director. Fair Trade Commission
Kingston - Jamaica

Mexico

Antonio González Quirasco
Director General Adjunto de Regulación Internacional
Comisión Federal de Competencia
Ciudad de México - México

Eduardo Pérez Mota
Embajador, Representante Permanente de México ante la OMC
Misión Permanente de México ante la OMC
Ginebra – Suiza

Nicaragua

Haraxa Jose Sandino
Director de Promoción de Competencia y Desregulación
Competencia y Transparencia de Mercados
Ministerio de Fomento, Industria y Comercio
Managua – Nicaragua

Panama

Romel Adames
Embajador, Representante Permanente de Panamá ante la OMC
Misión Permanente de Panamá ante la OMC

Gustavo Adolfo Paredes Moreno
Comisionado Presidente
Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC)
Ciudad de Panamá – Panama

Paraguay

Bruno de Belmont
Coordinador Nacional de Programa
Defensa de la Competencia MERCOSUR-ALCA
Asunción – Paraguay

Perú

Gonzalo Ruiz
INDECOPI
Lima - Perú

Trinidad & Tobago / Trinidad y Tobago

Mahindra Ramdeen
Economist, Anti-Dumping Investigator
Ministry of Trade and Industry
Port of Spain – Trinidad and Tobago

Uruguay

Teresita Dutrenit Montaña
Asesora
Dirección General de Comercio
Ministerio de Economía y Finanzas
Montevideo - Uruguay

Fanny Trylesinski
Directora General
Ministerio de Economía y Finanzas Dirección General de Comercio Exterior
Montevideo - Uruguay

Venezuela

Maria Antonieta Magdaldi Rojas
Economista Especialista en Competencia III
Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia
Ministerio de la Producción y el Comercio
Caracas – Venezuela

Emir Moros
Planificador
Dirección de Asuntos Internacionales
Ministerio de Energía y Minas
Caracas - Venezuela

INTERNACIONAL ORGANIZATIONS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

CARICOM

Ivor Carryl
Programme Manager
CARICOM
Georgetown - Guyana

ANDEAN COMMUNITY COMUNIDAD ANDINA

Graciela Ortiz
Gerente de los Proyectos sobre Competencia y Transporte Aéreo
Secretaría General de la Comunidad Andina
Lima – Perú

ECLAC/CEPAL

Claudia Schatan
Jefe
Unidad de Desarrollo Industrial CEPAL
Ciudad de México - México

Verónica Silva
División de Comercio Internacional e Integración
DCII – CEPAL Naciones Unidas
Santiago de Chile – Chile

UNCTAD

Philippe Brusick
Jefe, Sección de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor
DITC
UNCTAD

Ana María Alvarez
Coordinadora de actividades en la región de América Latina y el Caribe
Sección de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor
DITE. UNCTAD

World Trade Organisation

Pierre Arhel
Counsellor
Intellectual Property Rights Division World Trade Organisation
Geneva - Switzerland

EXPERTS/ EXPERTOS

Diego Petrecolla
Director
Centro de Estudios Económicos – Universidad de Argentina
Buenos Aires - Argentina

François Souty
Conseil de la Concurrence
Paris - France

Kurt Stockmann
Vice President
Federal Cartel Office /Bundeskartellamt
Bonn –Germany

Dr Philip Marsden
Director, Competition Law Forum
The British Institute of International and Comparative Law
Charles Clore House, 17 Russell Square,
London WC1B 5JP

James Mathis
Lecturer
University of Amsterdam
Amsterdam - Netherlands

Patrick Krauskopf
Vice-Director
Competition Commission
Bern – Switzerland

Russell Damtoft
Attorney
International Antitrust Division
United States Federal Trade Commission
Bureau of Competition
Washington D.C. - U.S.A.

Ignacio de León
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas – Venezuela

**NON GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS
ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES**

Claudio Lara
Coordinador del Programa de Economía y Comercio Internacional
Oficina Regional para América Latina y el Caribe (ROLAC)
Consumers International
Santiago – Chile

Section I.
**Competition and promoting trade, competitiveness and
development**

1.1 . Competition Policy in Transition: The Issues

Kurt Stockmann¹

I.

Competition policy is not a matter to be looked at in an isolated way. Rules on restrictive agreements and anti competitive mergers as well as vigorous enforcement of such rules are important, even indispensable in a market economy, but they are not sufficient to guarantee the proper functioning of markets if other government policies are not compatible with the market mechanism. Trade policy, industrial policy, regional policy, and even social policy have also to be in conformity with the basic market principles. We all know that governments in market economies often fail sufficiently to respect the two basic rules which they ought to follow in this regard. First, they intervene more often than justifiable in markets, to the detriment of the economy as a whole and to consumers, by legislative or administrative measures, or even by engaging in activities that should better be left to the private sector. Second, even if there are sound reasons for intervention, governments often act in a way not compatible with the market mechanism, for example by following protectionist policies or by subsidising large and inefficient enterprises to protect employment, once again to the detriment of the economy and of consumers. My impression is that countries in the West have become in recent years somewhat more conscious of these contradictions, as is illustrated by privatisation and deregulation policies adopted by many states, both of which extend that part of the economy where competition can function normally.

One aspect, however, seems to have received insufficient attention in some countries, that is the social side of the system. If a substantial part of the population does not regard government policies, for instance reforms in connection with privatisation and deregulation, as socially equitable, this part will feel insecure and unfairly treated. There may be social unrest and that social unrest in turn may become an important factor in the economy. Developments in some Latin American countries during the past years indicate that neglect of the social side of a country's development may easily endanger the success of economic reforms. Bringing both sides into a workable balance is a delicate but necessary challenge for governments. A good economic performance of a country is certainly one of the preconditions for satisfactory social policies, but the opposite is also true. Unless policies are accepted by the majority of a country's population as socially equitable, there will be no satisfactory economic performance in the long run.

This especially applied for countries in Central and Eastern Europe in transition. Many observations made with regard to their transition process can also generally be true for many other countries which intend to introduce free market competition and an adequate protection of competition. Governments in these countries, which I would like to refer to as "transition countries", have to do more than introduce and implement antitrust laws. The challenges they face go far beyond this, and these challenges have to be taken into account in any attempt to identify the basic issues of competition policies in these countries. They have to develop traditions and institutions that pluralistic and democratic market

¹ Vice President, Federal Cartel Office (Bundeskartellamt). Germany.

economies need. All this often raises enormous difficulties of many kinds, most important of which may be psychological. The policies will fail unless the governments of these countries can convince their population that they are sound and appropriate for establishing a new order in which life will be better, and unless the process of transition takes social concerns duly into account. To formulate and implement competition policies in an environment where there is general insecurity about the future, a great potential for social unrest, and little knowledge how a market economy functions requires much more of an effort than is necessary in established market economies.

Furthermore, competition policies are not a matter of purely national concern any more. In a more and more integrated world economy competition regimes increasingly overlap. This may cause conflicting decisions and rising costs for the affected companies. Convergence of national economic policies, including competition policies, seems to be inevitable, if not desirable, and in Europe this process is clearly under way.

What are the main issues of competition policy countries in transition have to face? I believe that there are five such issues. First, countries in transition should introduce adequate and practical substantive rules on competition. Second, they should establish appropriate procedures allowing for swift and effective action. Third, they should provide for the institutional framework necessary for the effective implementation of rules and procedures. Fourth, they should provide the ways and means to ensure that competition aspects are duly taken into account when other government policies are formulated and implemented. Fifth, among others via their antitrust authorities, countries in transition should make great efforts to explain the market economy and all its elements, including competition, to the public in general and the business community in particular

II.

1. As to the first point, there can be little doubt that from the beginning, when there are still few competitive markets and many markets still dominated by monopolies, a market economy requires the introduction of modern substantive antitrust rules, i.e. rules that conform to the now uncontested basic principles of modern competition theory and the experience of Western countries. The rules should be practical and simple so that both the administration can effectively enforce them and the emerging business community and the population understand and respect them.

The point raises, however, a number of issues all of which are linked to the fundamental question of what purpose should be served by competition law in a country in transition toward a market economy. The reply to this question is obviously decisive for the content of such law. Traditionally, most antitrust laws are primarily concerned with protecting actual and potential competition, and this is true even for most of those laws which still use in general, or at least in some areas, broad "public interest" standards. Other issues like consumer or employment protection, privatisation, or the protection of the environment, are in general either outside these laws or play at most a secondary role. Limiting the functions of antitrust authorities to the area of restrictive business practices appears to be a sound policy for at least three reasons. First, it avoids the risk of tying up resources in administrative activities which are different in nature and often likely to be of lesser importance for the economy as a whole. Second, the more responsibilities an antitrust authority has, the more difficult it will be to shield it from undue political and of interest group pressure which is detrimental to impartial and efficient antitrust enforcement. Third, antitrust

officials will often lack the expertise necessary to deal competently with other than competition issues. Thus, it seems, in principle, preferable for countries in transition to keep antitrust law separate from other fields.

A specific issue, however, may be unfair competition. There can be no doubt that countries in transition need legislation against unfair trade practices. In most countries, antitrust authorities do not enforce unfair trade practices law; enforcement is left either to another authority and/or the private sector. There are some exceptions from this general trend, e.g. the U.S.A., Japan, Poland and the United Kingdom. One of the arguments against giving antitrust authorities responsibilities in this area is based on the concern that they may be flooded with cases of little economic and competitive significance and thereby be distracted from more important work. Although this is a valid argument, it may have somewhat lesser weight because in the absence of a well functioning and experienced judiciary in some countries the antitrust authority may be the only agency able to protect fair competition at all.

Furthermore, there may also be an argument for giving anti-dumping responsibilities to the antitrust authority, as anti-dumping policies often have anticompetitive rather than pro competitive effects, a risk which may be better controllable if enforcement lies with the antitrust authority.

As to deconcentration and privatisation, there can be no doubt about the need to restructure and privatise most state monopolies . Sometimes new competition regimes provide competition authorities with sweeping powers in this area. Such rules raise doubts about their practicality, not least because of Germany's experience with the privatisation of the East German economy (see V).

2. As to the content of a competition law for countries in transition, the basic requirements are fairly obvious. The new laws should have a general prohibition of restrictive agreements between competitors (horizontal agreements) accompanied by effective sanctions. They should furthermore permit effective action against restrictive vertical arrangements when market power is involved. A third set of rules should allow for the effective control of anti competitive concentrations. Fourth, the laws should allow to counteract abusive conduct of market dominating buyers or sellers. Simple and easily verifiable rules would have considerable advantages over broad public interest standards for two reasons. First, general rules on restrictive arrangements such as price cartels would be self-executing, as such cartel agreements would be automatically void. Second, such rules would also reduce the risk of undue outside influence on the antitrust authority, a risk substantially higher if the authority had broad discretionary powers.

a) Most commentators feel, and I share this view, that emphasis should be on horizontal restrictive arrangements and merger control, while vertical restraints and abuse control over dominating firms may be, at least in the longer run, of relatively lesser importance. Although there are many legislative options, it appears as regards restrictive horizontal arrangements, arising by contract or concerted action, the appropriate measure is an outright general prohibition combined with fine (possibly imprisonment) sanctions. Such rules would draw on experience in most countries with substantial enforcement practice. Moreover, such rules have the advantage of being simpler and certainly easier enforceable than rules for control of abuse which generally require more resource intensive and time consuming analysis.

b) As to vertical restraints which often have pro-competitive rather than anticompetitive effects, there appear to be two basic options. First, as often recommended, the law could deal with vertical restraints, like many modern antitrust laws, separately and more leniently, focusing on market power. This solution would have the advantage of greater clarity compared with rules covering both vertical and horizontal arrangements and would not affect such vertical restraints which are pro competitive. The second option would be not to distinguish in the law itself between horizontal and vertical restraints, like the U.S. and EC laws, but to interpret and enforce the rule according to their different competitive significance. Appropriate secondary regulation, guidelines etc., could then clarify the different actions to be expected in horizontal and vertical cases. The most important issue is that the law must permit effective action against strategies undertaken by dominant enterprises to foreclose markets by using vertical restraints.

c) As to the control of concentration, the substantive standard has to be chosen. In German and in EC merger control it is tested whether the merger or acquisition is likely to create or strengthen a market dominating position. A "substantial lessening of competition" test like the one used in U.S. merger law, would certainly also be appropriate. It is of particular importance that in any case the law defines as clearly as possible what constitutes a merger and that the test to verify whether a dominant position is created or strengthened is practical. Excessive reliance on mathematical standards or rigid market share criteria may lead to unsatisfactory results. Such standards should be used with caution and subject to modifications allowing for a realistic analysis of the competitive situation in a given case. It is most important that the law allows due account to be taken of the presence or absence of barriers to entry.

d) Lastly, control over abuses by market dominating firms appears to be a necessary fourth area of competition law for transition countries. Because there are often many highly concentrated markets and dominant positions not based on superior efficiency in economies in transition, control of abuses might or even should play a significant role. This is a particularly delicate area of antitrust because it carries the danger that competition authorities might restrain rather than encourage competition, e.g. by overly strict price abuse controls. Hence, the field of such control should be confined to the strictly necessary, especially in terms of to whom such control applies. This is the more important as there are still many unresolved questions over when market power requires control of abuses. A strict market share criterion may increase this risk. A high market share does not automatically imply market power, and market power may exist even when the market share is low. Some antitrust authorities of Eastern Europe countries in transition, for example, are fully aware of the problems in this area. Thus, it is the declared policy of the Hungarian antitrust authority "not to act as a price authority", a policy not yet fully understood and accepted by the public [Ferenc Vissi (1992): Dilemma of Formulating and Implementing Competition Policy in Hungary, Discussion paper submitted to a CEPR/ECARE Seminar on Competition Policy in Europe, Brussels, May 1992, p. 17].

This does not exclude the possibility that in some areas where monopoly situations continue to exist, price regulation may be necessary for a certain period or even permanently.

III.

Even the best substantive rules are of no great use if procedural rules do not allow speedy and effective enforcement. In principle many solutions are conceivable between the traditional negotiating procedure of Scandinavian antitrust laws and procedures relying heavily on the judiciary, as in the U.S.A. for example. For a number of reasons, however, it would seem preferable for transition countries to rely primarily on administrative procedures.

First, it appears that the expertise necessary to deal competently with competition cases is more easily and rapidly acquired by administrative authorities than by regular courts. The fact that often the court system is not yet fully developed and functional in many transition countries adds to the weight of this aspect. Secondly, it would allow speedier proceedings if decisions covering the whole range of rules requiring specific implementation were entrusted to an administrative body, leaving to the courts the task of reviewing such decisions on appeal. This would mean that the authority would not only take administrative measures in the narrower sense of the word, for example issuing orders prohibiting anti competitive mergers or exempting a cartel of small and medium-sized firms from the general ban on restrictive arrangements among competitors, but also impose quasi-criminal sanctions, especially fines. Only where imprisonment was provided, would decisions have to be taken by courts.

Experience with administrative enforcement of competition law in Western Europe is generally positive, reflecting the advantages mentioned above. The fact that EC proceedings are often not particularly speedy is not a consequence of their administrative nature.

IV.

Adequate institutions are as important as appropriate substantive and procedural rules, or possibly even more so. In this context, two trends seem to be worthwhile mentioning which appear to be relevant also for countries in transition.

One of the preconditions for successful enforcement of competition law seems to be the independence of the enforcing authority from political and interest group pressure. The importance of this element is increasingly recognised internationally and numerous new competition laws and amendments to existing laws reflect this trend. If one compares, for example the first competition laws of Hungary and Poland with the new laws of these countries, one finds that the antitrust authorities established by the new legislation are much better protected against the type of pressure mentioned. Many more examples illustrating this trend could be cited from Western Europe, for example France, and some of the Scandinavian countries.

A second trend although not necessarily of the same weight as the first which is certainly worth taking into consideration is motivated by similar reflections and experiences. This is the tendency to entrust commissions or committees rather than individuals with ultimate responsibility in decision making in competition cases. In the experience made in some countries, pressuring and capturing of decision makers is more easily prevented if decision are taken by a panel of three or five rather than by one person

Another institutional question is whether implementation of the law should be entrusted to one authority only or whether there should be also field offices or independent regional competition authorities. The answer to this question depends on the political structure of a

country, for example whether it is a central or a federal state, and on other relevant considerations such as the size of the country.

V.

In the light of experiences in market economies an issue of central importance appears to be the link of competition policy and other governmental policies relating to, for example privatisation, trade, industrial structures, research and development etc. The damage governments can and do cause by inappropriate policies towards competition often dwarfs the effects of private restraints.

In the narrow sense the competitive impact of governmental policies in other areas than competition law and policy is often obvious. There can be little doubt, for example that it is of greatest importance for domestic markets whether the government follows protectionist or liberal trade policies. In the first case, competitive pressure from imports is reduced or even eliminated, in the second it can exercise a very effective control over powerful domestic producers. Likewise, industrial policies involving heavy subsidies to certain sectors of the economy held to be important for the future of the country may seriously distort competition with substitute products, and disadvantage other sectors. Privatisation may consist, on the one hand, simply in transforming state-owned monopolies in private monopolies, or it may be achieved by breaking up such state monopolies into a number of independent and viable units able to compete with each other.

Conformity of other government policies with the market mechanism is obviously of great importance if emerging market economies are to perform satisfactorily. In principle there are many ways in which competitive concerns of this kind can be taken into account. For example, some of the laws and draft laws in Central and Eastern Europe provide antitrust authorities with powers to act directly against anticompetitive measures adopted or contemplated by other government bodies. Although there can be no doubt about the legitimacy of the legislators' motivation and the appropriateness of the aims intended to be achieved by such legislation, there appears so far to be little evidence that such powers have been successfully used or are likely to be effectively used in the future.

A more practical alternative to direct executive functions for antitrust authorities in other policy areas would be a firmly and formally established advisory and consultative role. Such role would be preferable for a number of reasons. First, it would avoid the risk of overburdening the authority with difficult tasks for which it may not have the necessary resources. For example, the Treuhandanstalt, the German authority which was charged with the privatisation of the East German economy, employed close to 4.000 people, and this number was in no way a consequence of overstaffing. Also, such an approach would avoid politicisation of the authority and thereby reduce the risk of undue political pressure detrimental to its functions. Even if the authority were provided with the instruments necessary to enforce its decisions against other parts of the administration in areas outside competition law, enforcement may raise formidable practical problems. Furthermore, direct involvement may require other than competition issues to be taken into account, and the authority may not have and may be unable to acquire the necessary expertise to do so.

In light of all this, it seems preferable to establish a right to be involved in all legislative projects and all major policy decisions, in order to present at an appropriate time competitive concerns. As a routine matter, the authority may thus have the right to comment

on the competition aspects of any proposed legislation. As far as the authority's own field of jurisdiction is concerned, it should of course have the powers to take appropriate action, for example to prevent any privatisation that would be incompatible with competition law.

VI.

Transition to a market economy with adequate protection of competition raises considerable problems of mentality and understanding. Large parts of the population will not easily understand what a market economy and the protection of competition means, how it functions, and what are its preconditions. Explaining all this is a primary task, in the first phase of transition. One of the institutions best equipped to explain and educate is the antitrust authority, and it should be an element of its policy to inform the public as comprehensively as possible about its activities, to explain its functions, the rules to be obeyed, the way it interprets these rules and how it intends to apply them. A high profile in the media seems to be imperative both in the interest of a speedy education of the people in general and the business community in particular. Effective enforcement would be substantially facilitated if the public supported the idea and the institution.

1.2. LA RELACION ENTRE POLÍTICA DE COMPETENCIA, COMERCIO Y DESARROLLO

Leyda Reyes Díaz²

La nueva dinámica internacional, caracterizada por la reorientación de las políticas comerciales de los países hacia esquemas de mayor apertura, constituye un reto importante para los países en desarrollo, en lo que tiene que ver con su capacidad de inserción internacional ante nuevas formas de competencia comercial. Muchas naciones en la década de los noventa, iniciaron un proceso de reformas estructurales tendientes a preparar las condiciones para un mejor desempeño en el nuevo contexto internacional. Se ha configurado entonces un nuevo panorama económico mundial en el que predominan reglas de juego sustancialmente transformadas.

En todo este proceso, las empresas nacionales se enfrentan a una competencia cada vez mayor si tomamos en cuenta, que pasan de una situación privilegiada de protección, a otra más compleja donde los parámetros para asegurar su permanencia en el mercado están basados en criterios de eficiencia y competitividad. Sin políticas estatales de control de precios y con mercados abiertos a la competencia del extranjero ya no es posible mantenerse “artificialmente” en el mercado³.

En este contexto, la política de competencia adquiere mayor atención, siendo uno de los temas nuevos de comercio al estar presente en gran cantidad de acuerdos comerciales. Una política de competencia es entonces un complemento necesario a la apertura comercial, pues incide en un espectro más amplio recayendo tanto en la estructura como en la conducta de las empresas. La necesidad de incluirla en los procesos de negociación, deriva de que con la apertura de los mercados, las actividades de las empresas traspasan las fronteras internacionales y es preciso lograr que los beneficios de los procesos de liberalización no sean menoscabados por prácticas empresariales anticompetitivas. De hecho en un documento de la UNCTAD se ha indicado que la globalización, las grandes fusiones y las posibilidades cada vez mayores de realización de prácticas anticompetitivas transfronterizas guardan una relación directa con el crecimiento de los países en desarrollo y tienen consecuencias para su integración en la economía mundial⁴.

² Coordinadora del Programa Modernización del Comercio Exterior. Secretariado Técnico de la Presidencia, República Dominicana.

³ El proteccionismo propició industrias ineficientes y poco competitivas; los controles de precios por su parte, incentivaron la creación de restricciones a la participación de nuevos competidores, ya que los mismos fomentaban la colusión entre posibles competidores. En tal sentido, los controles en lugar de mejorar el bienestar de los consumidores tuvieron el efecto contrario.

⁴ La Nota de referencia de la UNCTAD, también indica que “la experiencia de esos países durante el pasado decenio parece indicar que se ha prestado poca atención a las cuestiones de competencia y que esa poca

En este trabajo partimos del concepto, de que la promoción de la competencia efectiva debe encauzarse, hacia la creación de las mejores condiciones, para la formación de precios de mercado y demás condiciones de venta y suministro de bienes y servicios, que se traduzca en un incremento de la competitividad y en un aumento significativo del bienestar de los consumidores. Derivado de esta concepción establecemos la relación entre la política de competencia, comercio y desarrollo.

Si queremos establecer un nexo entre competencia, comercio y desarrollo podría ser interesante tomar en cuenta el contexto de la dinámica económica que está predominando. De esta manera el comercio lo visualizamos asociado a la globalización y a la competitividad; el desarrollo lo vemos desde la perspectiva del crecimiento económico y el bienestar social. La competencia la vinculamos tanto al comercio como al desarrollo.

Este enfoque reconoce que las políticas de competencia y la protección del consumidor son dos cuestiones de naturaleza distinta, con ámbitos diferentes, pero también identifica objetivos comunes que evidencian complementariedad de las mismas con miras a lograr mayores niveles de bienestar social, esto último muy relevante cuando se hace referencia al desarrollo. La política de protección del consumidor trata de evitar que los beneficios de la eficiencia y la innovación derivados de la competencia no sean absorbidos por los productores por prácticas abusivas, sino que puedan ser compartidos. La legislación que combate las conductas desleales o engañosas puede estimular la competitividad así como también las herramientas legales bien instrumentadas, que refuerzan la posición de los consumidores⁵.

En las economías de mercado es necesario contar con un conjunto de reglas aplicadas por el poder público que garanticen el funcionamiento de los mercados ya que en ciertas condiciones el libre juego de la oferta y la demanda conlleva estructuras económicas no deseables desde el punto de vista del bienestar social. En estos casos se justifica la intervención del Estado para corregir estas fallas del mercado ya que cuando las empresas gozan de excesivo poder de mercado sus acciones tendrán dos tipos de impactos sobre la sociedad: de eficiencia y de equidad. En décadas pasadas esto fue materializado mediante políticas de controles de precios. En la actualidad dicha intervención estatal tiende a realizarse por medio de política de competencia.

Si tal como expresamos en párrafos anteriores, el desarrollo lo vinculamos a crecimiento económico y bienestar social, entonces es preciso poner atención a los efectos de eficiencia y equidad derivado de la conducta de las empresas en el mercado.

Existen puntos de vista compartidos ampliamente, en términos de asociar competencia y eficiencia de las empresas. En un mercado competitivo la dinámica incita a las empresas a ganar clientes produciendo bienes y servicios con calidad y al precio más bajo posible. En este sentido, la ineficiencia es sancionada mediante pérdida de mercado. La capacidad de las empresas para ajustarse continuamente a los cambios del mercado (entrada de nuevos

atención, en algunos casos, ha contrarrestado los efectos positivos que puedan haberse derivado de la liberalización y la privatización". UNCTAD (TD/B/COM.2/CLP/30, mayo del 2002).

⁵ No obstante, es preciso señalar que la imposición de costos excesivos impuestos a las empresas para la observancia de la protección del consumidor, puede ser contraproducente, ya que podrían ser trasladados nuevamente a los consumidores.

competidores, aumento de cantidades, cambios de precios, etc.) constituye un indicador importante de su competitividad.

Las reglas de competencia buscan la asignación eficiente de los recursos productivos, eficiencia que está ligada a la idea de que los bienes y servicios sean ofrecidos a todos los agentes económicos en condiciones de amplia variedad de oferentes, precio de equilibrio de mercado y calidad adecuada. De hecho, el principal objetivo de la ley de competencia en muchas jurisdicciones es el logro de una asignación eficiente de los recursos y por lo tanto la maximización del bienestar nacional asegurando que el proceso competitivo no será distorsionado o entorpecido por medio del abuso de una posición dominante o los acuerdos para restringir la competencia lo cual va en detrimento del bienestar social⁶.

En definitiva, una economía de mercados muy concentrados, con pocos oferentes, tendería a ser una economía menos eficiente, pues los agentes económicos podrían estar pagando rentas de monopolio en los bienes y servicios que consumen y ver mermadas las posibilidades de ahorrar, invertir en nuevas actividades productivas o consumir en otros mercados⁷. Las políticas de competencia propician que los agentes económicos se mantengan en poder de su excedente como consumidores (los monopolios no se lo pueden extraer), lo cual genera mayores niveles de ahorro y bienestar. En consecuencia, aumentan las posibilidades de inversión de las empresas o los niveles de consumo. Esto facilita el incremento de los niveles de actividad económica (PIB) y la renta per cápita.

La existencia de políticas de competencia instrumentadas adecuadamente puede generar una contribución importante a la competitividad y el desarrollo, ya que se fomenta la innovación y la calidad de los productos mejora, la oferta tiende a ser proporcional a la demanda y salen beneficiados los consumidores intermedios y finales.

Mientras más alto es el entorno competitivo al interior de un país, la competitividad internacional es potenciada. ¿Cómo ocurre esto? cuando las políticas de competencia propician que la economía se encuentre lo más cerca posible a una situación de competencia perfecta dinámica⁸; es decir, cuando los recursos se mueven libremente de un mercado a otro buscando igualar su remuneración en todos ellos. Claro está, esto ocurrirá cuando en la economía no haya barreras a la entrada ni a la salida. Sin darse cuenta, cuando las empresas buscan prevalecer sobre otras e invierten recursos para la

⁶ Muchas jurisdicciones reconocen que los acuerdos específicos entre las firmas que pueden reducir la competencia pueden ser promotores de la eficiencia y por lo tanto permiten la creación de tales acuerdos. Los países difieren en el énfasis puesto sobre la eficiencia, muchos de ellos incluyen objetivos sociales y consideraciones de justicia en sus legislaciones.

⁷ La noción del excedente del consumidor y el excedente del productor, puede ilustrar este fenómeno en alguna medida. El precio de reserva es el precio más alto que un consumidor está dispuesto a pagar por un determinado producto. Existen muchos precios de reserva ya que no todos los consumidores valoran los bienes en la misma medida; pero cuando un mercado es competitivo, lo que ocurre es que el precio de equilibrio coincidirá con un solo precio de reserva. En consecuencia, todos aquellos consumidores que estaban dispuestos a pagar precios más elevados se benefician tan solo pagando el precio de equilibrio. La diferencia entre el precio de reserva y el precio de mercado se denomina excedente del consumidor. Esta diferencia puede ser interpretada como un ahorro en manos de los consumidores derivado de la competencia. En condiciones de monopolio, por ejemplo, la cantidad producida es menor y el precio de venta mayor que el que resulta en condiciones de competencia. Se produce una transferencia de riqueza del consumidor al productor originando un problema de equidad.

⁸ Stigler (1968).

innovación, mejoran la calidad de su producto buscando beneficios adicionales producto de este esfuerzo, empujan al crecimiento económico y a la eficiencia. Otras firmas, en su afán de no ser desplazadas también harán lo propio en el mismo sentido.

Lo anterior conllevará en algún momento una situación tendiente a la igualación de los competidores y de los productos que se traducirá en disminución de precios. Los consumidores salen beneficiados de precios más bajos. Se propicia así una dinámica favorable al desarrollo⁹ por el dinamismo de las empresas¹⁰. Bajo esta lógica, la competencia, a pesar de que puede generar “destrucción creadora”, al impulsar la innovación y la eficiencia, se constituye en un mecanismo de crecimiento de la economía y eleva el nivel de bienestar de la sociedad.

Parece ser un hecho que los mercados internacionales se han liberalizado mucho más rápido que los mercados internos o domésticos. Por tanto, la política de competencia en el comercio internacional se relaciona con un nuevo esfuerzo por hacer efectivo el acceso de los bienes y servicios a los mercados globales, garantizando la libre concurrencia o lo que algunos denominan la “contestabilidad” de los mercados.

Para los países en desarrollo, la política de competencia es importante por varias razones, por ejemplo, esta permite aumentar la disputabilidad de los mercados internos y el fortalecimiento del comercio y las políticas de inversión que han sido puestas en marcha por ellos mismos. La marcada importancia y necesidad de la política de competencia para los países en desarrollo, la visualizamos además desde una perspectiva interna y externa y bajo un enfoque sistémico que se impone con la apertura de mercados.

Bajo la perspectiva externa, la política de competencia es importante ya que existe bastante evidencia de que las prácticas anticompetitivas en el plano internacional afectan la competitividad de las empresas de los países en desarrollo y a la vez dificultan el proceso de desarrollo mismo. En países donde no existe ninguna reglamentación de competencia no se cuenta con la posibilidad de usar herramientas legales para eliminar la conducta anticompetitiva.

En este enfoque sistémico consideramos como elementos a tomar en cuenta la relación de la política de competencia con la promoción de los derechos de los consumidores, la competitividad y el desarrollo. Bajo esta perspectiva, los países en desarrollo deben perseguir que su legislación de competencia salvaguarde la competitividad¹¹. Esto podría lograrse con una legislación que armonice la totalidad de las acciones que el gobierno

⁹ La competencia adquiere una dimensión de cooperación social, pues impulsa a la superación personal y empresarial de los rivales. (Schwartz,2002).

¹⁰ No obstante, es preciso señalar que estos efectos no son favorables para todos. Durante ese proceso puede ocurrir el fenómeno conocido como “destrucción creadora” según la definió Joseph Shumpeter. Esta consiste en que algunas empresas tendrán que salir del mercado porque quedaron obsoletas. Según Shumpeter, la destrucción de procesos productivos obsoletos es una de las vías de creación e innovación en una economía de mercado.

¹¹ Según una nota de la UNCTAD “la competitividad de las empresas de los países en desarrollo (y a mayor abundamiento, de los propios países en desarrollo) en lo que hace a integrarse en la economía mundial, depende en gran medida de que adquieran capacidad necesaria para aplicar las tecnologías disponibles y para innovar, así como de la existencia de una infraestructura de apoyo competitiva (en particular de recursos humanos, financieros y de servicios). UNCTAD, (TD/B/COM.2/CLP/30, mayo del 2002).

asuma en la promoción de la competencia, lo cual debería incluir las iniciativas de liberalización comercial, medidas que faciliten la entrada a las industrias y servicios domésticos, desmonopolización, políticas públicas que apoyen los esfuerzos realizados por las empresas para ser competitivas y mantenerse en esta posición, entre otras. Esta es una dimensión clave de la política de competencia para permitir a los países la maximización de los beneficios de la liberalización comercial. El estímulo a la inversión extranjera directa es también un elemento adicional importante para la política de competencia.

En suma, dos principios importantes de la política de competencia son, por una parte, que la asignación de los recursos productivos dependa de las fuerzas del mercado pero sujeto a la restricción de asegurar que los objetivos de equidad social se alcancen con eficiencia y, por otra parte, a diferencia de la ley de competencia, la política de competencia debe garantizar en alguna medida la creación de condiciones previas que aseguren el adecuado funcionamiento de la competencia. Esto significa, que la atención no deberá fijarse centralmente en los castigos para el cumplimiento de las reglas, sino que la política en sí misma debe propiciar condiciones para dicho cumplimiento.

Desde la situación y dinámica económica interna de los propios países, la necesidad de contar con un régimen de competencia es bastante obvia, si se considera que en ausencia del mismo se corre el riesgo de ser víctima de prácticas anticompetitivas, ejercidas por empresas nacionales o extranjeras que abusan de su posición dominante en el mercado. En ausencia de una legislación especializada, los gobiernos se encuentran sin herramientas para solucionar conflictos surgidos en el ámbito de la competencia y estarán imposibilitados para hacer frente a demandas de consumidores, ejerciendo el papel de simples espectadores impotentes e incapaces, de hacer algo para evitar el quehacer abusivo de muchas empresas. Esto además del costo económico también tendrá un costo político y social con el cual tendrán que cargar los gobiernos de turno.

Si nos ubicamos en el entorno internacional, el cuestionamiento que surge es, de qué manera los países en desarrollo, en los cuales no existe una cultura de competencia, podrán hacer frente a los retos de la apertura comercial cuando incluso en su interior no se han ejercitado en competir. Por otra parte, los consumidores que constituyen una parte importante en el mercado, derivado de su capacidad de elección han sido obligados por años a conformarse con las ofertas de productores nacionales que muchas veces bajo el pretexto de “industrias nacientes” que nunca crecieron, les han ofrecido bienes a un precio mayor y menores niveles de calidad. Nos encontramos entonces con que ni los oferentes ni los demandantes operan con una mentalidad formada bajo una cultura de competencia. No es de extrañar entonces, que se perciba una gran resistencia al cambio. De hecho en muchos casos, existe resistencia a instaurar regímenes de competencia bajo argumentos esgrimidos producto de la ausencia de una cultura en este sentido.

No obstante lo anterior, con cultura de competencia o no, los retos están presentes: en los acuerdos de libre comercio existen capítulos de competencia; las empresas tienen que aumentar sus niveles de competitividad y al respecto, la teoría económica afirma que cuando el mercado no está dominado por distorsiones, los factores que originan competitividad funcionan mejor y los resultados suelen ser los esperados; de ahí que para los países en desarrollo, es vital contar con un régimen de competencia, dadas las distorsiones existentes en sus mercados y dado que los beneficios de una mayor eficiencia económica no necesariamente se traducen en mayores niveles de bienestar para la

población consumidora. A esto se suma el elemento de que para lograr desarrollo sostenible es también necesario que los mercados funcionen adecuadamente.

Existen ventajas concretas, derivadas de que los países en general apliquen políticas de competencia, a saber:

- Posibilidad de ampliación del espectro de posibilidades de acuerdos de cooperación entre países
- Fomento de la convergencia de normas de competencia.
- Mejoramiento de la eficiencia, la calidad y menores costos en la aplicación de los instrumentos internacionales de cooperación.
- Acceso a información relevante de que disponen otros países.
- Disminución de posibles enfrentamientos entre países por la aplicación extraterritorial de las leyes de competencia.
- Mayor certidumbre para la inversión extranjera.

En esta dinámica aperturista, donde se van profundizando los niveles de integración económica es vital contar con la convergencia adecuada de las políticas nacionales en aras de optimizar los efectos de dicha integración ya que la ausencia de incompatibilidades o conflictos entre las distintas reglamentaciones nacionales facilita la acción internacional en el área de política de competencia. Justamente, los acuerdos de libre comercio constituyen un espacio adecuado para incentivar la cooperación y la asistencia técnica; sin embargo no podemos dejar de señalar que eso conlleva también la adaptación de normas, mecanismos regionales y compatibilidad en algunas medida entre los distintos regímenes de competencia.

En el orden de ideas esbozadas en el párrafo anterior, es relevante señalar que cuando se presentan casos con trascendencia internacional, la cooperación en la aplicación de los instrumentos internacionales indudablemente contribuye a mejorar la eficiencia calidad de esa aplicación sin dejar de lado además, las grandes posibilidades de disminución de costos, al posibilitar el acceso a información relevante que disponen otros países. Esto también contribuye a disminuir posibles enfrentamientos entre naciones por la posibilidad de aplicación extraterritorial de las leyes de competencia.

Hasta ahora no hemos abundado en un punto que consideramos relevante, de cara a las ventajas de que los países que no tienen leyes de competencia puedan adoptarla. Nos referimos a la inversión extranjera. Las medidas de liberalización del comercio y las inversiones están cercanamente ligadas a la política de competencia en su quehacer de abrir los mercados y promover una mayor competencia. La aplicación de políticas de competencia sin discriminación, ofrece certidumbre a los inversionistas en relación a que no tendrán que enfrentar a prácticas comerciales restrictivas por parte de ningún competidor sea este nacional o extranjero. Por otro lado, al país receptor de la inversión garantiza que la inversión extranjera directa no conlleve de ninguna manera limitación al comercio ni abusos de posición de dominio.

La política de competencia también entraña beneficios en otros ámbitos. Por ejemplo, las agencias financieras internacionales y las entidades privadas que auxilian a los inversionistas en sus decisiones de inversión en el extranjero, toman en cuenta la existencia de políticas de competencia para calificar positivamente el desempeño y competitividad de los países.

La existencia o no de una política de competencia propicia o inhibe la inversión extranjera dependiendo de las características y propósitos del inversionista. Por una parte, un buen grupo de empresas considera necesario que la inversión en otros países esté resguardada de intereses monopólicos que puedan estar establecidos. Por otra parte, otras pueden considerar beneficioso la inexistencia de reglas de competencia, porque eso le permite, haciendo uso de prácticas anticompetitivas y fuerte inversión financiera, apoderarse, en condiciones de monopolista, de un determinado mercado.

Si fijáramos nuestra atención en los distintos tipos de instrumentos internacionales en materia de derecho y política de competencia podemos identificar por lo menos los siguientes: i) acuerdos bilaterales de cooperación para la aplicación de leyes de competencia; ii) tratados bilaterales de asistencia judicial mutua para cuando se plantean casos penales relacionados con el monopolio; iii) diversos tratados entre países que incluyen cláusulas de cooperación en asuntos antimonopolio; iv) acuerdos bilaterales de cooperación técnica en reglamentación económica que incluyen el derecho y la política de competencia; v) acuerdos de libre comercio, uniones aduaneras y mercados comunes que incluyen cláusulas de política de competencia.

La participación en alguna medida en estos instrumentos es todavía insuficiente por parte de los países en desarrollo. Esto es especialmente relevante si consideramos que aquellos países que no cuentan con un régimen de competencia no tienen mucho que buscar en algunos de ellos, donde se presupone la existencia de una institución reguladora y una autoridad de competencia; sin embargo, la otra cara de la moneda nos presenta que la participación en acuerdos de libre comercio que incluyen disposiciones en esta materia pueden constituirse en un impulso poderoso para estimular la adopción de una ley y el funcionamiento de la misma.

Finalmente, concluimos afirmando que la política de competencia es una de las formas con que cuenta el estado para lograr un funcionamiento más competitivo y eficiente de los mercados. La evidencia empírica parece indicar que para interpretar y aplicar adecuadamente la política de competencia es necesario identificar si los comportamientos de los agentes económicos persiguen eliminar la competencia a través de determinadas prácticas o en cambio mejorar la eficiencia. La política de competencia también puede ser un instrumento valioso para fomentar la competitividad y el desarrollo, ahora bien es importante tener presente, que esta es un instrumento y no un objetivo en sí mismo como lo es el desarrollo económico.

1.3. Vertical restraints, abuse of dominance and mega-mergers in sectors of relevance to developing countries

by

Patrick Krauskopf
Vice-director and Chief of international affairs
at the Secretary of the Swiss Competition Commission

in collaboration with

Pierre-Olivier Pirlot
Reporter
at the Secretary of the Swiss Competition Commission*

§1 Vertical restraints

1. All industries depend on distribution and the level of services provided by such distribution. Distribution can be regarded as an element of efficiency in the process of reaching appropriate customers. Very few producers distribute directly to retailers or consumers; rather, they rely on specialized distributors (generally wholesalers). The agreements needed for organizing such distribution may contain restrictions on competition.

1. Definition

2. Manufacturers may impose conditions on the distributor with whom they deal beyond requiring them to pay the wholesale price for their products. In the contract binding the distributors, manufacturers may specify the retail price at which the products must be resold, impose other terms of business or special forms of behaviour. Apart from price restraints, territorial restrictions limiting the place where dealers may resell products and customer restrictions limiting the group(s) of buyers to which products can be resold are widespread in distribution agreements. Such contractual terms are commonly called vertical restraints¹²

3. In the Model Law on Competition the definition is the next: the concept of vertical restraints refers to certain types of business practices that relate to the resale of products by manufacturers or suppliers and are thus embodied in

* Patrick Krauskopf, docteur in law, lawyer, Vice-director of the Secretary of the Swiss Competition Commission; Chief of international affairs, Member of the Expert commission for the Revision of the Swiss Act on Cartels; Pierre-Olivier Pirlot, economist, reporter at the Secretary of the Swiss Competition Commission. This paper reflects the author's opinion only. The oral presentation of this text is official. The authors thank Christian Hegner, trainee at the Secretary of the Swiss Competition Commission and Sabrina Carron, casehandler at the Secretary of the Swiss Competition Commission for their contributions.

¹² European Competition Law and Economics. A comparative perspective. 2001.

agreements between operators on a line of business situated at different stages of the value-added chain. They include resale price maintenance, exclusive dealing and exclusive territory or territorial (geographical) market restrictions on distributors.

2. The three main kinds of restrictions

2.1. Resale price maintenance

4. This is basically found in an agreement among retailers, enforced by the producers, not to compete on prices (thereby creating a “network”). In general, resale price maintenance refers to the setting of *retail* prices by the original manufacturer or supplier.

2.2. Exclusive dealing

5. This is found in an agreement between a manufacturer who offers a sales contract conditional on the buyer’s accepting not to deal with the goods of a competitor. The restriction is placed on the firm’s choice of buyers or suppliers.

2.3. Exclusive territory or territorial market restrictions

6. This is found in an agreement by which a manufacturer restricts the retailers to competing on the distribution of its products.

3. Economic analysis

7. As mentioned above, a manufacturer who conclude a contract with a distributor to sell his product may place vertical restrictions on the distributor's actions beyond requiring him to pay the wholesale price for the product. These vertical restrictions are determined through contractual negotiations between the manufacturer and the distributor. The manufacturer places these restrictions with the effect of realising de facto vertical integration between manufacturer and reseller. Examples of restrictions include requirements that the distributor for example has to sell a minimum number of units, that distributors should not be situated near each other, that distributors should not sell competing products, and that distributors should charge no lower than a particular price.

3.1. Why are restrictions used instead of vertical integration?

8. Manufacturers often rely upon independent firms to distribute their products rather than doing it themselves, because the costs of monitoring employees at distribution outlets exceeds the costs of using independent firms. For example, the distribution outlets may be far apart, making it costly for managers reach them and spend time becoming familiar enough with local market conditions to be able to judge the efficiency of a particular distribution outlet.

9. Vertical restrictions can be useful in solving problems of distribution especially in the following three main fields that commonly arise when distribution is expensive and a manufacturer retains a distributor to retail his products:

- There is a double monopoly markup by successive monopolies in manufacturing and distribution.
- Some distributors may free ride (don't do their share in promoting the good) on other distributors.
- Some manufacturers may free ride on other manufacturers.

3.1.1. Double Monopoly Markup

10. If the manufacturer and the distributor are both monopolists, each adds its monopoly markup, so consumers face two markups instead of one. This double markup provides an incentive for firms to either vertically integrate or use vertical restrictions to promote efficiency and thereby increase joint profits.

3.1.2. Free Riding Among Distributors

11. In a typical distribution arrangement, several independent firms distribute one manufacturer's product. Each distributor benefits from the promotional activities of other distributors without having to pay for them.

3.1.3. Free Riding by Manufacturers

12. It is also possible that competing manufacturers can free ride the efforts of each other. Suppose that two competing manufacturers both use the same distributor to sell their product and that one manufacturer conducts a massive advertising campaign to entice consumers to go to the distributor to buy its product. The second manufacturer benefits from the increased customer flow. In fact, because the free-riding manufacturer does not advertise, he has lower costs than the advertising manufacturer and can therefore sell at a lower price. The distributor then can (correctly) tell a customer who is enticed into the store by the advertising of the first manufacturer, that the second manufacturer's product is a much better deal at a lower price. This effect obviously only occurs when both manufacturers produce similar goods.

13. Each of these problems may be solved with vertical restrictions:

- For the first problem the solutions may be: maximum retail price, quantity forcing with sale quota or to adopt a more complicated pricing scheme than merely charging a distributor price per unite of output.
- For the second problem the solution may be: an exclusive territory or a limitation of the number of distributors or the resale price maintenance.
- For the third problem, the solution may be exclusive dealing.

3.2. Desirable or Undesirable effects of vertical restrictions

14. Vertical restraints are no longer regarded as *per se* suspicious or *per se* pro-competitive. Economists are less willing to make sweeping statements. Rather, they rely more on the analysis of the facts case by case.

15. Among Experts it's a common view that the market structure is extremely important in determining the impact of vertical restraints. The fiercer interbrand competition is, the more likely are the pro-competitive and efficiency effects to outweigh any anti-competitive effects of vertical restraints. Anti-competitive effects are only likely where interbrand competition is weak and there are market entry barriers at either producer or distributor level. In addition it is recognized that contracts in the distribution chain reduce transaction costs and can therefore allow the potential efficiencies in distribution to be realized. In contrast, there are cases where vertical restraints raise market entry barriers or further dampen horizontal competition in oligopolistic markets.

16. Analysis should concentrate on the impact on the market rather than the form of the agreement. For example, whether entry is foreclosed by a network of agreements or whether the vertical agreement coupled with market power permits producers or distributors to practice price discrimination between different States.

17. Given the risk associated with either entry into new markets or significant market expansion (creation of new trade flows that integrate the market), consideration should be given to a more favourable treatment of vertical restraints where these are accompanied by significant material or immaterial investment. This more favourable treatment should be limited in time (justification of a agreement).The nature of the products, the need for services and for investment to undertake efficient distribution and the needs and knowledge of consumers may all be important elements in determining both the objective efficiencies promoted by vertical restraints and any anticompetitive effects.

18. Vertical restrictions can also merely be used for other anticompetitive purposes. For example, they may be used to catalyse an industry or to prevent market entries.

19. Anti-competitive theories refer to the possibility that vertical minimum price fixing may be used to sustain a dealer's cartel or facilitate upstream collusion by reducing the manufacturer's incentive to lower wholesale prices. There are two main effects of minimum fixed retail price on competition.

- First, the distributors can no longer compete on pricing issues and this leads to a total dismiss of intra-brand price competition.
- Second, there is increased transparency on price and responsibility for price change. The later effect makes horizontal collusion easier, at least in concentrated markets.

3.3. Consumer: price discrimination

20. Vertical restrictions, just like vertical integration, can be used for price discrimination. Suppose consumers in the state of Parana have an inelastic demand for some product, and consumers in Bahia have an elastic demand. The manufacturer wants to charge a high wholesale price to the distributor in Parana and a low one to the distributor in Bahia. If the manufacturer tries to do so, however, the independent Bahia distributor can profitably resell the product it buys from the manufacturer in Parana. By granting exclusive territories to the independent distributors in exchange for no resale agreements, the manufacturer can charge a low wholesale price in Bahia and a high one in Parana.

21. This point is very important for the competition policy in the European Union. The aim of competition policy concerning vertical restraints is, as written in the European green paper: "The Commission has always insisted on the freedom for intermediaries to respond to price differences between Member States and engage in parallel trade as central to its policy of ensuring that distribution arrangements have a market integration and not a market partitioning effect."¹³

22. This can in fact be applied in all countries even if the question of a unified common market, as in Europe, doesn't arise. This aspect concerns in particular Switzerland that doesn't want its consumers to be victimized by unfavourable and unjustified price differences compared to its neighbouring countries.

4. Doctrines / Theories and legal framework - some examples

4.1. USA

23. The goal of US antitrust law is to promote consumer welfare; it has no goal to promote market integration. Vertical restraints are mainly governed by Section 1 of the Sherman Act, which provides that every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations, is illegal.

24. In 1977, the Supreme Court ruled in *GTE Sylvania* that non-price vertical restraints are to be subjected to analysis under the rule of reason, recognizing that such restraints may "promote inter-brand competition by allowing the manufacturer to achieve certain efficiencies in the distribution of his products".

25. US courts tend to be more cautious about the anticompetitive effects of interbrand restraints, and may demand a thorough market analysis including inquiry into both the extent of the foreclosure and the buyer's and seller's business justifications. The degree to which competing manufacturers are

¹³ Green paper on vertical restraints in EC Competition policy.

deprived of outlets for their products, or distributors are prohibited from using alternative suppliers, is a threshold factor in analysis of such restraints.

4.2. Europe

4.2.1. In general

26. The Treaty rules on competition applicable to undertakings are set out in Articles 81 ff. Article 81 is of particular relevance to vertical restraints. This Article provides for a ban on agreements which may affect trade and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition. Agreements falling within its scope are void unless exempted under Article 81. Among other conditions for exemption, the agreement must not eliminate competition and the efficiency gains or other objective advantages it promotes must outweigh the disadvantages from the loss of competition. Consumers must also obtain a fair share of the gains.

27. Under Council Regulation 19/65, the Commission is empowered to adopt "block exemption" regulations which define certain categories of agreements which generally fulfil the conditions of Article 81 and so are exempted. The Council Regulation 19/65 requires that Commission block exemption regulations contain lists of conditions which must be fulfilled, the types of agreements covered, restrictive clauses which are exempted and clauses which must not be included. By example Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector.

4.2.2. Parallel trade

28. The European Commission has developed a systematic policy concerning parallel imports or exports. Among others, it considers that, although existing exclusive distribution agreements (which could be accepted due to rationalization), parallel trade must always be authorized because it constitutes the only guarantee against member States' market compartmentalization, and the application of discriminatory policies concerning prices. The exemption rules on exclusive agreements contained in Commission Regulation No. 1983/83 explicitly prohibits all restrictions on parallel imports and also includes a provision stating that every exclusive dealer is responsible for losses coming from a client outside its territory.

29. The rules on *de minimis* define categories of agreements that are too small to have an appreciable impact on trade or competition and are consequently outside the scope of Article 81(1). Above this level, Article 81(1) applies virtually automatically to certain vertical agreements which, by their very nature, can only distort competition, in particular to agreements which limit the freedom of distributors to set their resale prices (Resale Price Maintenance) and agreements which establish absolute territorial protection for exclusive distributors. This point is central to the Commission policy. Not only is Article 81(1) applied, but an Art 81(3) exemption is unlikely to be granted. The possibility of some alternative sources of supply must always exist. Although

exclusive distributors may be forbidden from actively promoting the product outside their allocated exclusive territory, they must be free to respond to orders coming from outside that territory (passive sales). Customers must be free to purchase from any distributor they wish in the EU, even outside their territory of residence, and make or arrange for personal imports. Intermediaries and other traders must be able to buy from any distributor and sell in any other market, in particular in response to significant price differences between Member States.

4.3. Switzerland

30. Aside from the fact that the author is of Swiss origin, there is an interest in presenting the Swiss system concerning vertical restraints set by the Swiss Competition Authorities in their respective communication paper (**Communication concerning the treatment of vertical restraints**). It lists a number of contract types which generally implicate anti-competitive effects. This is in particular the case when agreements contain passages with the following content:

- the direct or indirect maintenance of resale prices, respectively the imposing of minimal resale prices.
- the direct or indirect limitation of resale territory or the limitation of customers to whom may be resold by the retailer;
- the limitation of resale modalities inflicted on a retailer accepted within a selective distribution system;
- the limitation of cross-selling possibilities between distributors within a selective distribution system, even if the distributors are situated on different levels of the value-added chain;
- the prevention of resale concerning spare parts even if the applicant does not belong to a selective distribution system;
- the infliction of non-competition clauses lasting longer than five years respectively lasting longer than one year after the termination of the vertical agreement.

5. Vertical restraints in developing countries

31. The facts and statements above could be implemented into a competition policy for a country on the verge of developing such a system.

32. For these countries, the distribution network for a certain number of products may not yet have attained the optimal size and density. In this sense, it is (as mentioned above) very important for investments to be possible in order to let such networks actually grow and develop. Therefore some vertical restraints may have to be allowed in order to protect such possibilities of investment (for example territorial exclusivities). The risks that naturally come along with investments may easily be higher in an environment where vertical

restraints are handled very restrictively. The impossibility of applying vertical restraints may cause investors to back off and in such prevent the respective networks or market to develop properly.

33. This is also valid with regard to organizing a distribution network for parts of a specific country or the whole country itself. A company could for example distribute its products by means of an exclusive distribution network restraining parallel imports and even fixing resale prices. It is always important to remember that such a distribution system has to be justified with strong arguments and efficiency-related reasoning.

34. Moreover, the concept stating that small countries (defined by the number of inhabitants respectively by its buying power) are more easily foreclosed and therefore victimized in terms of price discrimination applies also to developing countries. Therefore, it is necessary for these countries to implement a restrictive competition policy as regard to vertical restraints.

§2 Market power and dominance

1. Definition

35. By introducing the next chapter treating dominance we would like to refer to the definition of dominance as used in the Model Law On Competition.¹⁴ The concept of the abuse of a dominant position of market power refers to the anti-competitive business practices in which a dominant firm may engage in order to maintain or increase its position in the market.

36. In this concept there are two elements, namely the question of dominance and the ability to exert market power.

- A firm holds a dominant position when it accounts for a significant share of a relevant market and has a significantly larger market share than its next largest rival. However, one has to pay attention to the fact that a dominant position in itself is not anti-competitive as such.
- Market power represents the ability of a firm (or a group of firms acting jointly) to raise and profitably maintain prices above the level that would prevail under competition for a significant period of time. It is also referred to as monopoly power. The exercise or abuse of a dominant position of market power leads to reduced output and loss of economic welfare. In addition to higher than competitive prices, the exercise of market power can be manifested through reduced quality of service or a lack of innovation in relevant markets.

37. Factors that tend to create market power include a high degree of market concentration, the existence of barriers to entry and a lack of substitutes for a

¹⁴ Model Law on Competition, box 8.

product supplied by firms which conduct is under examination by competition authorities. Abuse of a dominant position of market power can vary widely from one sector to another. Abuses include the following: charging unreasonable or excessive prices, price discrimination, predatory pricing, refusal to deal or to sell, tied selling or product bundling and pre-emption of facilities.

38. An alternative is the definition of dominant position provided by the European Court of Justice: "a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers"¹⁵. This definition contains two elements: an ability to prevent effective competition and an ability to behave independently of three sets of market actors.

39. In general competition laws or regulations prohibit:

- To obtain dominance by means other than superior ability to serve consumer needs and/or
- To abuse a dominant position.

40. In almost all competition statutes, abuse includes using dominance to exclude new competition or restrict the actions of existing rivals. In many such statutes, it is also extended to exploitative behaviour, i.e. setting prices higher than they would be if the market were competitive instead of dominated by a single firm or a group of oligopolists.

2. Methodology: proving an abuse of dominance

2.1. Market definition

41. Determining whether a firm has a dominant position needs the reference to a defined market. That means more specifically, that the firm has a dominant position or is a monopoly or has power only with respect to a market. Market definition normally has two basic dimensions, namely the product and geographical one. The question one has to ask for determine these dimensions is the one of the substitutability or the one of the customer's options. What other product could the customer use? Where else could the customer get it? What would be the difference in costs, convenience, and ultimately in competitiveness?

42. In many countries, market definition has received the most systematic attention in relation with merger review. Once a satisfactory market definition has been found, the usual next step is to determine the market share of the possibly dominant firm and perhaps other leading firms. In some markets, supply side substitutability must be carefully considered when assigning market shares. This applies whenever there are firms able and willing, without having to incur significant sunk costs, to quickly enter the market if prices were raised

¹⁵ *United Brands v Commission*, Case 27/76 [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429.

above competitive levels for any non-transient period of time. Their potential to modify existing product lines or change geographical sales patterns could be accounted for by giving such firms an estimated share of the market, thus making it less likely that an existing supplier would be considered dominant. In this point of view the analysis of barriers to entry is very important.

2.2. Barriers to entry

43. Barriers to entry to a market refer to a number of factors which may prevent or deter the entry of new firms into an industry even when incumbent firms are earning excess profits. There are two broad classes of barriers: structural (or economic) and strategic (or behavioural), which can appear the following way:

- sunk costs (in particular in association with economies of scale and scope and product differentiation -- with the latter often related to advertising or marketing expenditures or to patents, trademarks or other intellectual property);
- government erected statutory or regulated barriers (e.g. in relation to international trade barriers, mandatory standards, industrial incentives and other policy interventions);
- the possible use of strategic behaviour by incumbents to discourage entry (including raising rivals and own cost).

44. Other factors that could constitute barriers to entry, or evidence thereof, include constraints on other firms' expansion, vertical integration tending to foreclose access to necessary inputs or distribution channels, low rates of change in market shares, and an absence of large buyers who might sponsor entry. Sometimes the persistence of abuse itself is taken as evidence of barriers, on the grounds that, if dominance could have been checked by entry it would have been.

3. Types of abuse of dominance

45. Holding a dominant position or a jointly dominant positions, is generally not abusive or illegal. However, some behaviour of firms in a dominant position may be. The definition of what is abusive, or at least what is illegal, depends on the objective of the law. As noted above, if economic efficiency is the main objective, welfare reducing actions should be considered to be abusive. If, alternatively, fair trading is the main objective then, e.g., taking advantage of a better bargaining position may be considered abusive. Other possible objectives -- pluralism, promotion of small business, etc. -- would all imply a set of actions that hamper their achievement and would therefore be abusive given that objective.

46. These behaviours include a whole range of firm strategies aimed at raising barriers to entry to a market. Such barriers to entry are factors which

prevent or deter the entry of new firms into an industry even when incumbent firms are earning excess profits.

3.1.1. Requiring Firms to Deal Exclusively with a Dominant Firm

47. Exclusive dealing is most often problematic in the context of dominant firms employing contractual arrangements or pressure to require distributors not to deal in the products of competing firms. Such tactics could foreclose would-be competitors from entering a market. The probability of such foreclosure depends on the extent and duration of the exclusive arrangements and on other conditions, such as whether there are economies of scale and scope in distribution, so it would cost more for new, smaller would-be competitors to get their products to the market.

3.1.2. Tying

48. Tying or bundling articles or services can sometimes be an abuse of dominance. It might be considered both exploitative and exclusionary. In one common view, conditioning the sale of one product on the sale of another can enable a dominant firm to “leverage” its market power in one market into a second market. Tying might also be a method of “regulatory abuse.” If the dominant firm is subject to price or profit regulation in the market in which it is dominant, then it may tie an unregulated product to a regulated one, and thus extract profits that are otherwise forbidden to it by charging the monopoly price for the bundle.

3.1.3. Predation

49. Exclusion could be attempted through short-run pricing so low as to induce exit or deter entry, or through non-price conduct which raises rivals' costs. Under the traditional theory, the predator, which is usually already a dominant firm, sets its prices low enough, for long enough, that its competitors leave the market and others are deterred from entering. Usually such a strategy requires the predator to sustain short term losses along with its victim(s). It therefore makes little sense unless there are significant barriers to entry into the affected market. Otherwise, the predator will be unable to raise prices and recoup its losses once the victim(s) exit the market. There may also be cases where predation amounts to an investment in reputation, enabling the predator in other markets or at other times to secure a larger, more profitable market share by merely threatening to predate.

3.1.4. Price discrimination and intellectual property rights

50. Price discrimination basically refers to non-cost justified price differences for the same product or charging the same price for different products. Here the “product” includes the accompanying bundle of delivery services, after-sales maintenance, and terms and conditions of payment. Price discrimination is only profitable if the seller has market power, different buyers have different preferences for the goods (usually because of varying abilities or willingness to

switch to competing products), and buyers can be prevented from selling to each other.

51. In some countries, price discrimination is treated as abuse of dominance, while in others it could be prohibited even where there is no showing of dominance. Where it is subject to prohibitions against abuse of dominance, such dominance may be easy to demonstrate since the practice itself amounts to proof of market power (which may or may not be significant enough to constitute dominance).

52. One class of price discrimination that often receives special attention is loyalty discounts or rebates. These effectively reduce a customer's price as long as it does not buy from other sellers; that is, they are often a nearly explicit form of exclusive dealing constraint. This tactic raises the customer's cost of switching suppliers and hence increases the costs of entry, because a new supplier must compensate the customer for the higher price the initial seller will charge for units already purchased, as well as offer lower prices on the subsequent units. One other case is a price squeeze, that is, a vertically integrated firm charging its downstream competitors a price for an input that is "too high" relative to the price it charges downstream consumers, may be abusive if competitors lack good alternative sources. It may also be difficult to distinguish a price squeeze from competition.

3.1.5. Refusal to deal

53. It may be an abuse for a single firm in a dominant position to refuse to supply an input to a competitor in a downstream market. The firm's intent to create or maintain a dominant position is often relevant. An objective test of this "intent" is whether the refusal to deal creates a high probability that the firm will gain a dominant position in an otherwise competitive market. Interrupting an existing relationship may be treated differently, and more harshly, than refusal to enter a new one. Duty to deal increasingly takes the form of the doctrine of "essential facilities," setting out conditions under which the firm that controls the facility must make them available to others. By example a firm with monopoly power may not exclude rivals from the monopolised market by restricting a complementary or collaborative relationship without an adequate business justification. Under this form of "truncated" analysis, proof of actual harm to competition is not required.

3.1.6. Price levels

54. Excessive pricing by a dominant firm is illegal in some countries' competition laws, although this rule is not often enforced aggressively outside of transition economies. The central, difficult issue is defining and identifying what is "excessive." Common points of reference are costs and prices in other, similar markets. Prices, costs and profits are naturally related to each other, but inferences from those relationships might not always be straightforward. For example, a finding of excessive profits would seem to imply excessive prices. It is also possible, however, that both prices and costs might be excessive, implying inefficiency, hence profits may not be excessive, and that might weigh

against finding the price level to be abusive. Given the difficulties in defining an excessive price, and the intrusive regulation required to enforce pricing rules, it is not surprising that enforcement actions against excessive pricing are rare. The exception to this is in the area of access pricing which we will return to below.

4. Doctrines/Theories and legal framework, some examples

4.1. Europe

55. In applying what is now Article 82 of the Treaty of Amsterdam, the European Court of Justice has defined dominance as: "...a position of economic strength...which enables [a firm] to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers". In the *Michelin Judgement*, the Court of Justice of the European Communities stated that under article 82 of the EEC Treaty a dominant position refers to a situation of economic strength, which gives the enterprise the power to obstruct the maintenance of an effective competition in the market concerned and because it allows the enterprise to conduct itself in a way that is independent from its competitors, clients and, finally, consumers. In addition to market share, the structural advantages possessed by enterprises can be of decisive importance. For example, the Court of Justice of the European Communities in the *United Brands Judgement* took into account the fact that the undertaking possessed a high degree of vertical integration, that its advertising policy hinged on a specific brand ("Chiquita"), guaranteeing it a steady supply of customers and that it controlled every stage of the distribution process, which together gave the corporation a considerable advantage over its competitors. In consequence, dominance can derive from a combination of a number of factors which, if taken separately, would not necessarily be determinative.

56. As regard to market share, the jurisprudence indicates that market share exceeding approximately 65 per cent, the presumption of dominance becomes very strong, but still refutable if barriers to entry are sufficiently low. At a market share in the 40-45 per cent range, dominance is presumed, but can be refuted if there is another equivalent firm in the market or in the presence of low barriers to entry. Dominance might even be found in the range of 20-40 per cent range, but rarely below 25 per cent and never below 10 per cent.

4.2. USA

57. U.S. law is now relatively permissive towards the unilateral conduct of even those firms having substantial market power. The reasoning is that vigorous competition is to be encouraged, "even if the conduct disadvantages competitors and increases a firm's dominance". The mere possession of significant market share has not, in and of itself, been viewed as anticompetitive. Significant market share may have been achieved as a result of efficiency and vigorous competition, not through monopolistic practices. There is a recognised tension between the need to encourage innovative and efficient performance that can result in market power on the one hand, and on the other

hand to ensure that firms with such market power do not engage in abusive conduct that facilitates the acquisition or preservation of monopoly power. Given this tension, U.S. courts have tended to focus more on the economic effects of particular business practices than on scale alone.

58. The common definition of “monopoly” in US jurisprudence, namely the power to control prices or exclude competition, can be understood as a special case of the EU's broader concept of dominance. The term “market power” is sometimes used in legal discussions to mean the same thing as monopoly power, and sometimes to refer to power over price or entry that is not quite as strong as monopoly power.

59. US courts set higher market share levels for finding “monopoly” under the Sherman Act. A firm with a market share of 80-90 per cent or more would generally be found to be a monopolist, and a share over 70 per cent would support that inference, but not conclusively. Most US courts are reluctant to find monopoly below 70 percent, and a market share below 40-50 per cent virtually precludes a finding of monopoly. On the other hand, liability in the US under the Clayton Act for some conduct that is usually treated as abuse in other jurisdictions— exclusive dealing, tying, or discrimination—may be established at much lower market share levels and a lesser degree of economic or market power.

5. Conclusion: Dominance in developing countries

60. As said above the definition of what is abusive, or at least what is illegal, depends on the objective of the law. If economic efficiency is the main objective, then welfare-reducing actions should be considered to be abusive. If, alternatively, fair trading is the main objective then, e.g., taking advantage of a better bargaining position may be considered as abusive. Other possible objectives -- pluralism, promotion of small business, etc. -- would all imply a set of actions that hamper their achievement and would therefore be abusive given that objective.

61. Thus, in a country on the verge of developing its industry, the aim of promoting small businesses could be more fertile than a policy aiming at raising economic efficiency.

62. In the view of a competitive industry in a developing country it is also very important to consider the geographical market in order to decide upon the question – even if a certain company is in a dominant position on the national market - of letting this company expand and strengthen its position on the national market

§3 Mega-Mergers

63. At this point we will not define the a merger or even a mega merger for the following reasons: on one hand, this too time-consuming an issue and, on the other hand, the subject is relatively well known to competition law and

economy experts. We will therefore refer to box 11 of Model Law on Competition, which gives an excellent sum up of the subject.

1. Definition

64. A merger is the concentration of two or more enterprises whereby the identity of one or more disappears and the result is a single enterprise. The takeover of one enterprise by another usually involves the purchase of all or a sufficient amount of the shares of another enterprise to enable it to exercise control, and it may take place without the consent of the former. A joint venture involves the formation of a separate enterprise by two or more enterprises.

65. Concentration of economic power occurs *inter alia* through mergers, takeovers, joint ventures and other acquisitions of control, such as interlocking directorates⁹⁴. Such acquisitions of control might, in some cases, lead to a concentration of economic power which may be horizontal (for example, the acquisition of a competitor), vertical (for example, between enterprises at different stages of the manufacturing and distribution process), or conglomerate (involving different kinds of activities).

2. Why institute a merger control¹⁶?

66. Some countries with smaller markets believe that merger control is unnecessary because they do not want to impede restructuring of firms trying to obtain a “critical mass” which would enable them to be competitive in world markets. Others believe that having a “national champion” even abusing a monopoly position domestically might allow it to be competitive abroad in third markets. Two objections can be made to these views. First, it is often the case that monopolies enjoy their “monopoly rent” without becoming more competitive abroad, at the expense of domestic consumers and eventually of the development of the economy as a whole. Second, if the local market is open to competition from imports or FDI, the world market might be relevant for the merger-control test, and the single domestic supplier might anyway be authorized to merge. It should also be noted that prohibiting a cartel, while being unable to act against the cartel members if they merge, is unwarranted. Moreover, by not having a merger-control system, a host country deprives itself of the powers to challenge foreign mergers and acquisitions which might have adverse effects on the national territory.

67. As a rule, merger control aims at preventing the creation, through acquisitions or other structural combinations, of undertakings that will have the incentive and ability to exercise market power. Mergers that are in unusually concentrated markets, or that create firms with unusually high market shares, are thought more likely to affect competition.

¹⁶ Model Law on Competition, box 11.

68. Depending on the degree of experience of the competition authorities and varying from one jurisdiction to another, the test of legality of a merger is derived from the laws about dominance or restraints or a separate test is developed and phrased in terms of measures of the actual or potential effect on competition and the competitive process. In earlier versions of the Model Law, merger control was thus included in the possible elements for articles on the abuse of a dominant position.

69. Most merger control systems apply some form of market share test, either to guide further investigation or as a presumption about legality. Most systems specify procedures for pre-notification to enforcement authorities in advance of larger, more important transactions, and special processes for pre-expedited investigations, in order that problems can be identified and resolved before the restructuring is actually undertaken when the merger is consummated.

3. Mega merger in developing countries

70. Concerning the point of view of developing countries several conclusions can be drawn from the « World investment report » and from notes proposed by the secretariat of UNCTAD¹⁷.

71. Concerning the construction or strengthening of a dominant position the conclusions drawn in the second chapter of this speech can be applied.

72. Moreover, the need for specific policies concerning cross border M&As will derive from an analysis of the impacts of different forms of FDI, most notably greenfield FDI and cross border M&As.

73. WIR 2000 suggests that, especially at the time of entry and in the short term, M&As (as compared to greenfield investment) may involve, in some respects, smaller benefits or larger negative impacts from the perspective of host-country development. UNCTAD summarizes¹⁸:

- Although both modes of FDI entry bring foreign capital to a host country, the financial resources provided through M&As do not always add to the capital stock, while in the case of greenfield FDI they do. Hence a given amount of FDI through M&As may correspond to a smaller productive investment than the same amount of Greenfield FDI, or to none at all. However, when the only realistic alternative for a local firm is closure, cross-border merger or acquisition can serve as a "life preserver".
- FDI through M&As is less likely to transfer new or better technologies or skills than Greenfield FDI, at least at the time of entry. M&As may lead

¹⁷ In particular mentioned in "IMPACT OF INTERNATIONAL INVESTMENT FLOWS ON DEVELOPMENT: OUTCOME OF THE EXPERT MEETING ON MERGERS AND ACQUISITIONS, 19-21 JUNE 2000 *Note by the UNCTAD secretariat.*

¹⁸ Press release: SURVIVAL IN GLOBAL BUSINESS ARENA IS KEY DRIVER OF CROSS-BORDER MERGER AND ACQUISITION BOOM Questions mount in developed and developing countries as merger activity hits record levels, states new UNCTAD report.

directly to the downgrading or closure of local production or functional activities (e.g. R&D), or to their relocation in line with the acquirer's corporate strategy.

- FDI through M&As does not generate employment when it enters a country. It may lead to lay-offs, although in the case of a firm which would have gone bankrupt if it have not been acquired, it can also maintain employment. Greenfield FDI, by contrast, necessarily creates new employment at entry.
- FDI through M&As can increase concentration and lead to anti-competitive results. It can also, however, prevent concentration from increasing when takeovers help preserve local firms that might otherwise have gone under. Greenfield FDI, by definition, increases the number of firms in existence and does not increase market concentration upon entry.

74. Under *special circumstances*, however, cross-border M&As can play a useful role, a role that greenfield FDI may not be able to play. This is the case, for instance, during financial or economic crises, when firms in a country experience several difficulties or face the risk of bankruptcy, and when no alternative to FDI is available. Large capital-intensive privatizations may also fall into this category, when domestic firms are not able to raise the required funds or lack other assets (such as managerial practices or technology) that are needed to make the privatized firms competitive.

75. Regardless of circumstances, WIR2000 stresses, the effects of cross-border M&As can be influenced by policies. Policy matters especially when it comes to the risks and negative effects of cross-border M&As.

76. For UNCTAD, the most important policy concern is competition policy. The principal reason is that M&As can pose threats to competition, both at the time of entry and subsequently. As FDI restrictions are liberalized worldwide, it becomes all the more important that regulatory barriers to FDI are not replaced by anti-competitive practices of firms. Efforts to attract FDI need to be complemented by policies that review the anti-competitive implications of M&As. This suggests that the culture of FDI liberalization that has become pervasive, combined with the growing importance of M&As as a mode of FDI entry, has to be complemented by an equally pervasive culture recognizing the need to prevent anti-competitive practices of firms. In the context of cross-border M&As, the adoption and implementation of competition laws, paying attention not only to the domestic but also to international M&As is required. A precise and secure legal framework is a prerequisite for successful M&As.

77. Moreover, there may be a need to pay more attention to how cross-border M&As affect SMEs, e.g. in the areas of financing, access to markets and competition. Experts noted that if well run local firms are taken over with the intention to eliminate competitors, the domestic production base could be weakened. In some countries, cross-border M&As have led to a loss of indigenous brands, a loss of jobs and increased industrial concentration as local competitors, in particular SMEs, are driven out of the markets. Allowing mergers

between local competitors has sometimes been seen as a measure to pre-empt take-overs by foreign firms. From the perspective of the impact of M&As on market concentration and competition, the size of the corporations involved plays a critical role.

78. The report concludes: "Competition policy can no longer be pursued effectively through national action alone. The very nature of cross-border M&As - indeed the emergence of a global market for firms - puts the phenomenon into the international sphere. This means that competition authorities need to have in place, and to strengthen, cooperation mechanisms among themselves at the bilateral, regional and multilateral levels, in order to respond effectively to M&As and anti-competitive practices of firms that affect their countries. International action is particularly important when dealing with cross-border M&As with global dimensions, especially for smaller countries that lack the resources to mount and enforce such policies on their own"

1.4. ABUSO DE POSICION DOMINANTE (*)

Dra. Teresita Dutrenit Montaña¹⁹

I) INTRODUCCIÓN

1.1 La Competencia

La defensa de la competencia, nos convoca antes de nada, a preguntarnos cuál ha sido la finalidad perseguida por el Estado, en su decisión de intervenir en el mercado, regulando y controlando las relaciones de competencia.

La competencia guarda no solo razones económicas sino también éticas, y es el Estado quién debe velar porque esa relación se desarrolle armónicamente.

En cuanto a las **razones económicas**, en el fax interna de los estados en una economía de mercado se hace necesaria la libre competencia evitando de esta forma el abuso de poder económico y otras conductas anticompetitivas que no solo perjudican a los consumidores sino también a otros agentes económicos en su legítimo derecho a competir, en la fax externa la creciente integración de la economía mundial conlleva a tutelar la transparencia del mercado, y la regulación de la competencia comienza a formar parte de la integración.

La liberalización del comercio, tanto a nivel mundial como regional, genera crecimiento económico pero se hace necesario tomar en cuenta los distintos niveles de desarrollo y tamaño de las economías, debiéndose evitar la adopción de políticas o medidas que puedan afectar negativamente el comercio y la inversión. Y es conveniente por tanto diseñar sistemas, tomando la experiencia Europea y de Estados Unidos.

Partiendo de esta base, es conveniente que el comercio internacional este regulado por un conjunto de reglas o principios mínimos a ser acatados por los operadores económicos públicos y privados.

En lo que refiere a las **razones éticas**, concordamos con Areeda y Kaplow, citado por Ferrer²⁰ cuando expresan: ***“...independientemente de los resultados económicos asociados con la competencia, puede existir un valor independiente en dispersar el poder económico y en confiar en fuerzas del mercado impersonales. Es especialmente valiosa la oportunidad del individuo libre de llevar adelante sus negocios y de prosperar en base a sus propios méritos determinados por un mercado libre.”***

¹⁹ Dirección General de Comercio. Uruguay. **Las opiniones expresadas en este trabajo no comprometen ma que a la autora y no representan necesariamente la opinión oficial de la Dirección General de Comercio.**

²⁰ Ferrer, Daniel – Prácticas Anticompetitiva y Abuso de Poder Económico – Fundación de Cultura Universitaria – Edición 1993.

Es por ello que la regulación de la competencia esta comprometida con el interés general, el bien común, por lo que la regulación de la competencia necesariamente guarda consideraciones éticas y no solamente económicas, hay por ende una suerte de valores insertos en la defensa de la competencia que proporcionan la *ratio legis* de la norma.

Las normas jurídicas reflejan valores, y esos valores son los inherentes a la personalidad humana, a la libertad de participación, al derecho de propiedad, a la igualdad frente a la ley, etc.

No debe olvidarse que esta normativa debe estar al servicio del hombre y su realidad es la que determina el derecho

Por estas razones se hace vigente lo que indicaba el Profesor de Derecho Administrativo y Ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República - Alberto Ramón Real²¹: “ *La experiencia histórica demuestra que las creaciones más valiosas y duraderas de la especie humana sólo pueden lograrse en un ambiente de razonable equilibrio entre el individualismo y el poder institucionalizado. Los abusos autoritarios del poderoso Leviatán, que es el Estado de nuestros días, son tan dañinos como la anarquía individualista, despreocupada de los racionales valores colectivos. Por tanto es necesario, hoy como siempre y aún más que nunca, reivindicar el fuero inalienable del Hombre, motor y destinatario insustituible de toda la vida social y de todo progreso cultural. Nada nos parece más adecuado a tales fines que revivir y desentrañar el sentido y las proyecciones de fórmulas vigentes, es las que resplandece la filosofía humanista del régimen institucional de los pueblos libres*”

1.2 Regulación y Competencia

La normativa sobre competencia es uno de los instrumentos legales con que cuentan los poderes públicos para el desarrollo de la Política de Competencia, pero no el único, el fomento es otro de los pilares que un Estado debe desarrollar. Es con la combinación de la desregulación, liberalización y privatización que el Estado debe fomentar la competencia, siendo necesario armonizar la actividad de los entes reguladores con la actividad de las autoridades de competencia, teniendo estas últimas el carácter exclusivo en la aplicación de la normativa sobre defensa de competencia, y los entes reguladores por su parte velarán por el mantenimiento de la competencia efectiva en sus respectivos mercados mediante la aplicación de su normativa.

II) EL TRATADO DE ASUNCION 1991 PAISES DE LA REGION -

El nuevo orden económico mundial lleva a la asociación de los Estados en bloques generando la formación de esquemas de integración.

En el ámbito regional, se destaca el **Tratado de Asunción de 1991** entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, que consta además de cuatro Anexos, el I) el Programa de Liberación Comercial, el II) el Régimen General de Origen, III) Solución de Controversias y

²¹ Alberto Ramón Real, Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya en “ Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado” Fundación de Cultura Universitaria – junio 2001

el IV) referido a Cláusulas de Salvaguardia²². El propósito fundamental del Tratado de Asunción es la concreción a través de sus mecanismos de un Mercado Común, es decir de un Area de Libre Comercio entre los Estado Partes, por medio de la eliminación de las trabas aduaneras y otras restricciones al comercio que permitan la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, el establecimiento de un arancel externo común frente a terceros Estados, la armonización legislativa y la coordinación de las políticas macroeconómicas.

En el Tratado en el Capítulo I) de Propósitos y Principios, el art. 4 inc.2 dispone: “*Paralelamente, los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.*”

Mas allá de esta previsión en materia de competencia, es en 1996 con el **Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR Decisión Nro.18/96** que establece una cláusula general:

“Constituyen infracción a las normas del Presente Protocolo, independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes”

El art.5 del Protocolo de Fortaleza, dispone : *“La simple conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación a sus competidores no constituye violación de la competencia”*

Esta cláusula es concluyente en cuanto a que no se prohíbe el monopolio cuando el mismo se apoya en razones de eficiencia en el mercado, y lo que si no se admite es el abuso que se haga de ese monopolio²³.

Por nuestra parte entendemos que estamos frente a la aplicación de la regla de la razón o de lo que es razonable, lleva necesariamente al estudio pormenorizado de esa mayor eficiencia.

Se definen las prácticas limitativas o restrictivas a la concurrencia, tales como aquellas que imponen precios y condiciones de compra y venta de bienes en violación a la libre competencia como impedir el acceso de nuevas empresas al mercado y toda manipulación del mercado con la finalidad de imponer determinados precios²⁴

²² Gros Espiel, Héctor – “MERCOSUR El Tratado de Asunción” – Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo - 1991

²³ Bugallo, Beatriz, “Abuso de Posición Dominante: Derecho Comparado y Derecho Uruguayo Vigente” en Revista de Derecho – Universidad de Montevideo 2002

²⁴ Ruiz Díaz Lambrano, Roberto “MERCOSUR, INTEGRACION Y DERECHO”. Ciudad Argentina, Edición 1998

La **legislación argentina** ley 25.156 establece en su art.1 una cláusula general que incluye el abuso de posición dominante, y la define en el art.4 como: “ *A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo, o sin ser la única, no esta expuesta a una competencia sustancial, o cuando por el grado de integración vertical u horizontal esta en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado en perjuicio de estos.*”

Argentina no sólo definió la posición dominante sino que fue más lejos, estableciendo cuales son las circunstancias que deberán tenerse presente para la existencia de una posición dominante (art.5)

Brasil, sigue la línea del derecho europeo en cuanto a la enunciación general que se hace del abuso de posición dominante, agregando en su art.21 una serie de actos que deberán tenerse en cuenta para la determinación del abuso de posición dominante.

III) LEGISLACION NACIONAL - COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

En el numeral 3.1 se desarrollará los antecedentes europeos, por lo que se hace necesario mencionar al sistema norteamericano.

La primer **legislación Antitrust** se remonta a fines del siglo XIX, más concretamente a 1890, cuando se promulga en los Estados Unidos la *Sherman Act* (primera norma en defensa de la competencia de los mercados) como reacción al crecimiento de grandes monopolios privados en el Este industrial.

El art.2 de la **Sherman Act** establece: “ *Toda persona que monopolice o intente monopolizar o si se combina con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio o de la industria entre los diversos Estados...será considerado culpable de una falta y convicto de la misma será penado con una multa...o con prisión hasta un año o ambas penas a discreción del Tribunal.*”

Posteriormente se asiste a una moderación de la prohibición de la Sherman Act, mediante **la aplicación de la regla de la razón o de lo que es razonable (rule of reason)**.

La aplicación de la *rule of reason* tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, que lleva al análisis de las circunstancias del caso aplicando lo que es razonable. La **Rule of Reason** se opone al principio de la ilegalidad per se, es decir a la ilegalidad absoluta y automática de ciertas prácticas. Esas prácticas consideradas en primer instancias restrictivas, luego de analizadas pueden llegar a ser beneficiosas desde el punto de vista de la eficiencia y de la competencia²⁵

En ese sentido Pascual y Vicente²⁶ expresa: “...en lo que refiere a la posición dominante, lo perseguido en la actualidad por las autoridades estadounidenses ya no es tanto la posición

²⁵ Pascual y Vicente, Julio “Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa”

²⁶ Pascual y Vicente, Julio “ Diccionario...”

de dominio en sí misma, sino la obtención o el mantenimiento de esa posición por medios ilícito.”.

La legislación uruguaya ha seguido el modelo del Tratado de Roma de 1957 arts.85 y 86, actuales arts. 81 y 82, apartándose del sistema norteamericano.

La ley 17.243, art. 14 dispone: “ *Prohibense los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de posición dominante de uno o más agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios ...y genere un perjuicio relevante al interés general”*

A los solos efectos enunciativos el articulado ilustra una serie de conductas anticompetitivas, las que resultan similares al derecho comunitario europeo (art.82) constituyendo las primero cuatro de las conductas mencionadas el supuesto de abuso de posición dominante como se verá cuando analicemos la legislación europea.

Nuestra legislación no definió que se entiende por posición dominante ni por abuso de posición dominante, y al haber tomado como modelo el Tratado de Roma de 1957, se considera necesario el examen de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia Europea, las Decisiones de la Comisión Europea

También se considera necesario examinar la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia Español no podemos olvidar que España en cuanto a la conducta anticompetitiva de abuso de posición dominante siguió al modelo comunitario

El **Derecho Comunitario** Tratado de Roma de 1957 en sus arts. 85 y 86 ha permanecido sin cambio en la actual redacción de los arts.81 y 82 del Tratado de Ámsterdam.

El art.82 (ex artículo 86) :

“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados Miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente en:

- a) *imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) *limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores,*
- c) *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) *subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

Si nos detenemos en la lista enunciativa de practicas abusivas del Tratado Europeo y los ejemplos utilizados en el art. 14 de la ley 17.243, resultan similares.

La **ley de Defensa de la Competencia Española** en su art. 6 ha prohibido el abuso de posición dominante, careciendo igual que el derecho comunitario de nociones generales o definiciones, estableciéndose a vía de ejemplo una serie de conductas abusivas.

De la normativa mencionada surge que se ha sancionado el abuso que de esa posición realizan los agentes económicos y no la posición dominante en sí.

Cabe recordar que en el ámbito de la Comunidad Europea al no proporcionar el art. 82 del Tratado base suficiente para prohibir operaciones de concentración de dimensión comunitaria susceptible de afectar negativamente a la competencia al crear o reforzar una posición dominante, se tuvo que recurrir al dictado del Reglamento 4064/89 el que permite prohibir las concentraciones cuando tengan como consecuencia obstaculizar significativamente la competencia efectiva.

Lo mismo sucedió con la normativa española recién en 1992, se dictó el Reglamento de Concentraciones que permitiera prohibirlas cuando supusiese alcanzar o reforzar una posición de dominio.

3.1. ANTECEDENTES EUROPEOS

Los antecedentes en materia de abuso de posición dominante, se remontan en el ámbito nacional a Alemania que en 1923 dicta la **Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico**.

Frente al norteamericano "principio de la prohibición", Alemania instaura el "principio del abuso", según el cual no se prohíben ni regulan los carteles, ni las posiciones de dominio, aunque si se establece sobre los cárteles el control estatal y se sancionan los abusos de posición dominante.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, subyace el temor del rearme germano, por ello los aliados imponen a Alemania las Ordenanzas Militares para descartelizar su estructura productiva de (carbón, acero, química). Y en 1957 Alemania promulgara una ley contra limitaciones de la competencia, que representa la declaración de invalidez de los cárteles pero con excepciones no prohibiendo los monopolios.

Holanda en el año 1956 y Bélgica en 1960 disponen que el abuso de poder económico sólo se prohíbe a partir del momento en que la autoridad administrativa de control declara que es contrario al interés general, careciendo los tribunales ordinarios de facultades para sancionar el abuso mientras tal declaración no se haya producido.

En el Reino Unido se aprueba (1948) el Registro de Acuerdos Restrictivos; Francia dictará en 1953 un decreto donde se fijan las normas de competencia y se condenan los acuerdos restrictivos. España en 1963 dictará una ley sobre Prácticas Restrictivas.

Las fuentes originarias o primarias del derecho comunitario de la Unión Europea están conformadas por el Tratado de París de 1951 que creo la CECA - Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y los Tratados de Roma de 1957 que crea la CEE y la CEEA – Comunidad Europea de la Energía Atómica.

El Tratado de la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero) de 1951 establecía: “*en el caso que la Alta Autoridad observe que las personas públicas o privadas adquieran sobre los productos del mercado una posición dominante que les permita una concurrencia efectiva dentro de una parte importante del mercado común y utilizan esa posición a los fines contrarios de este Tratado,...les dirigirán recomendaciones oportunas para evitar que esta posición sea utilizada a esos fines...*”

No interesa el origen de esa situación de predominio, es decir la conquista de una posición dominante no es ilícita por sí, y tampoco interesan los medios empleados para conseguir esa posición dominante, lo que sí importa es que quién haya adquirido esa posición dominante tenga una conducta correcta y cuando se aparta de la misma incurre en el abuso²⁷.

El Tratado de Roma de 1957 que instituyó la Comunidad Económica Europea, se basaba en los arts. 85 y 86 que trataban sobre acuerdos restrictivos entre empresas con efecto apreciable sobre el comercio entre los países miembros y sobre el abuso de posición dominante.

Una diferencia sustancial entre estos dos tratados versa sobre el control de concentraciones previsto en el de París de 1951, mientras que en el Tratado de Roma no se prevé, retomándose el control recién con el Reglamento del año 89.

IV) LA POSICION DE DOMINIO

4.1 CONCEPTO – EVOLUCION

El concepto de posición de dominio ha variado en la Comunidad Europea a través de la Comisión Europea y de los conceptos del Tribunal de Justicia Europeo.

En 1965 la **Comisión Europea** en Memorándum sobre el problema de las concentraciones en el mercado común afirmaba: “*La posición de dominio es, en primer lugar, un poder económico, es decir, la facultad que tiene cada empresa dominante de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio previsible*” (subrayado nuestro)

Esa misma Comisión 6 años después, en la **Decisión Continental Can de 9 de diciembre de 1971**²⁸ definió a la posición de dominio “*...las empresas se encuentran en posición de dominio cuando pueden desarrollar comportamientos independientes gracias a los cuales están en condiciones de actuar sin tener excesivamente en cuenta a los competidores, a los compradores o a los proveedores.*”(subrayado nuestro)

Pero será con la **Sentencia Continental Can de 21 de febrero de 1973**, que el TJE ampliará su interpretación en dos aspectos: 1) puede darse el abuso de posición dominante si una empresa que ya tiene esa posición busca reforzarla obstaculizando la competencia de forma que las otras empresas solo pueden subsistir en el mercado si

²⁷ Pellicer Valero, Jesús – “Las Prácticas Abusivas” – Redemar Nro. 104, 1967

dependen directamente de la empresa dominante. Y aquí ya no interesa la relación de causalidad entre el abuso y la posición dominante para que se considere abusivo el reforzamiento de dicha posición dominante siempre que haya un efecto sustancial en la obstaculización de la competencia; 2) deja de ser un concepto subjetivo o causal y se pasa a una conceptualización objetiva del abuso de posición dominante.

El Tribunal de Justicia Europeo (TJE) definirá a la posición de dominio en su conocida sentencia **United Brands** de 14 de febrero de 1978 Considerando 65: *“La posición de dominio...afecta a una posición de potencia económica detentada por una empresa a la que le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en cuestión, al proporcionarle la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable respecto de sus competidores, de sus clientes y, finalmente de los consumidores²⁹s.”*

Se mantiene la noción en el caso **Hoffman- La Roche** (13 de febrero de 1979) *“...la noción de explotación abusiva es una noción objetiva que contempla los comportamientos de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia esta ya debilitado y que cuyo efecto es obstaculizar, mediante el recurso a medios diferentes de los que gobiernan una competencia normal de los productos o servicios sobre la base de prestaciones de los operadores económicos, el mantenimiento del grado de competencia existente todavía en el mercado o el desarrollo de esta competencia³⁰”*

Esta posición luego fue incorporada por la **Comisión Europea** en la **Comunicación del 9 de diciembre de 1997 (97/C 372/03)** definiendo la posición de dominio *como aquella que permite al que la ostenta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y en último término de sus consumidores³¹”* (12)

De las sentencias transcriptas surge que ya no interesa la afectación directa de clientes, proveedores o competidores, sino que el abuso radica cuando se está afectando la estructura de un mercado o de la competencia.

En España el **Tribunal de Defensa de la Competencia** (TDC)–**Retelevisión c/ Telefónica** definió: *“ el abuso es un concepto objetivo por el que la empresa dominante recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de la competencia³².”* (subrayado nuestro)

²⁸ Diario Oficial Nro. L007 del 8/01/1972 – 72/21/CEE Decisión de la Comisión relativa a la aplicación del art. 86 del Tratado CEE

²⁹ Sentencia United Brands Company et United Brands Continental BV contra Comisión – Asunto 27/76

³⁰ Sentencia 13 de febrero de 1979 – Asunto 85/76, L 223, TJCE, Rec.1979

³¹ Se menciona expresamente en la Sentencia del TDC- Res.362, Exp.Nro.362/99,Bacardí

³² Sentencia del TDC de 8 de febrero de 2000 Exp.456/99 – Expedientes Sancionadores.

Se asiste entonces en España a un cambio sobre el concepto de posición de dominio dada por el dictado de tres resoluciones en el año 1999 por el TDC **de Aluminios Navarra, Electra Avellana y Bacardi**³³.

Todas ellas definen a la posición de dominio en estos términos: *“La posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá de que se den una serie de circunstancias que, para la empresa en cuestión, podrían resumirse en **poder económico e independencia de comportamiento**. Así dirá que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tiene en el mismo poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para actuar sin tomar en cuenta las posibles reacciones de los competidores y de esta manera ser capaces de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto”*

Antes de las Resoluciones la noción que se manejaba de posición dominante era de **aquella empresa que actuaba en casi total ausencia de competencia**. Esta solución si bien resultaba inadecuada, obedecía al concepto de posición dominante contenido en la derogada ley española de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, que hacía especial hincapié en que la empresa dominante no se encontraba sometida a una competencia sustancial.

Tampoco coincidía con la postura del TJE en **Sentencia Hoffman – La Roche**, donde se expresa: *“que a diferencia de lo que ocurre en las situaciones de monopolio la posición de dominio no es incompatible con la existencia de una competencia.”*

El caso Hoffman_La Roche versaba sobre un grupo multinacional con Sede en Ginebra y principal fabricante de Vitaminas del mundo, y estableció contratos de suministro exclusivos o preferenciales con diversos grandes compradores de vitaminas al por mayor que incorporaban éstas a sus propios medicamentos, productos alimenticios y piensos. Los contratos ya fueran para compensar la exclusividad o para el fomento preveían unos descuentos de fidelidad, basados en la proporción de las necesidades del cliente. Pero lo curioso que esos descuentos de fidelidad se calculaban conjuntamente con todas las compras a Roche, con lo que esta se beneficiaba del acuerdo de fidelidad incluso en el caso de las vitaminas respecto de las que no goza de posición dominante³⁴.

Por lo tanto no hace falta llegar al monopolio para disfrutar de una posición de dominio en el mercado.

Vicente y Pascual³⁵ expresa: “ En la Decisión Gema de 2 de junio de 1971, la Comisión reprocha a la empresa dominante que pretenda aprovechar su posición para convertirse en monopolista. Y basta recordar que en la Decisión Continental Can, la Comisión decidió

³³ Sentencias Bacardi 362/99; Aluminios Navarra 344/98 y Electra Avellana 441/98

³⁴ OMC –Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia. Comunicación de la Comunidad Europea (98-0882)

³⁵ ob.citada

que la adquisición por Continental Can con una posición dominante en el mercado común, de su principal competidor constituía un abuso en tanto se suprimía la competencia existente.”

El concepto actual de posición de dominio, trata de la independencia de comportamiento en el mercado, solo con esa independencia del comportamiento de proveedores, competidores y clientes resultara su posición de dominio, ya que sin esa independencia aunque la empresa abarque gran parte del mercado no podrá actuar en él, al margen de las leyes de la oferta y la demanda.

4.2 CRITERIOS DE IDENTIFICACION DE LA POSICION DE DOMINIO

Las autoridades comunitarias utilizan diferentes criterios para identificar la posición de dominio.

En ese sentido la sentencia **United Brands** “...el que una empresa tenga una elevada cuota de mercado no permite concluir que ostente un control automático del mismo que, en todo caso, habrá de apreciarse a la luz de otros factores” “...la investigación sobre la cuestión a saber si una empresa está en posición de dominio debe hacerse examinando, en primer lugar, su estructura y la situación de competencia existente. Por lo que refiere a los factores de estructura de la empresa considera tales como: recursos y métodos de producción, métodos de presentación, transporte y venta, tecnología e integración vertical. Y en lo relativo a los factores de situación de competencia en el mercado se señala que hay que tener en cuenta el número y fuerza de los competidores, cuotas de mercado y volúmenes de venta, precios y barreras de entrada³⁶” (17)

Otros criterios analizan el comportamiento de la empresa y el de sus competidores así como el grado de dependencia en que se encuentra la empresa respecto a la que tiene posición de dominio. El análisis estructural se lleva prácticamente en todos los casos, mientras que los otros son complementarios de éste.

4.2.1 ANALISIS ESTRUCTURAL

En el análisis estructural se toman en cuenta: los recursos y métodos de producción, los métodos de presentación (embalaje); el transporte y las ventas y la tecnología e integración vertical, la situación de la competencia en cuyo caso se examina el número y fuerza de sus competidores, la cuota de mercado y volúmenes de venta, el precio y las barreras de entrada.

De todos estos factores, nos detendremos en la cuota de mercado y en las barreras de entrada

Cuota de Mercado

La cuota de mercado expresa el porcentaje de las ventas de una empresa por comparación con las ventas totales de las empresas en su conjunto durante un tiempo determinado (un año). Alta cuota no es asimilable a posición de dominio o baja cuota no quiere decir que no tenga posición de dominio.

³⁶ Sentencia 27/76

La Sentencia del TJE **United Brands** estableció “...el que una empresa tenga una elevada cuota de mercado no permite concluir que ostente un control automático del mismo, lo que habrá de apreciarse a la luz de otros factores.”

Sin embargo esa elevada cuota de mercado es “altamente significativa” como se dijo en la Sentencia **Hoffman-La Roche** (Vitaminas), es más se señaló que “cuotas extremadamente importantes constituyen, en si mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición de dominante” “ siempre y cuando se mantengan durante un periodo de cierta duración...”

Es de resaltar el caso **Michelin NV** en donde el Tribunal Europeo apoyándose en el precedente Hoffman – La Roche, concluyó: “ *Michelin NV con pleno conocimiento, y a través de métodos diferentes de aquellos que caracterizan la competencia normas en los bienes o servicios sobre la base de los agentes económicos trató de asegurar que su sistema de descuento perturbara el mantenimiento del grado de competencia que todavía existe en el mercado o el crecimiento de la competencia. Comparto el punto de vista de la Comisión en el sentido de que el sistema de descuento aplicado por Michelin NV puede ser considerado un “descuento de fidelidad”...Personalmente creo que incluso puede decirse que existió clara intención por parte de Michelin de congelar la estructura del mercado con el propósito de mantener su cuota de mercado.* (subrayado nuestro)³⁷

En conclusión para el Tribunal Europeo cuanto mayor sea la cuota de mercado habrá mayor probabilidad de una posición de dominio

³⁷ Sentencia del 9 de noviembre de 1983, caso 322/82 Nederlandshe BanderIndustrie Michelen, citada también en Sentencia del TDC Iberias, Exp.nro. 514/01

La **Sentencia AZCO III** de 1991 el TJE afirmó: “ ... *una cuota de mercado del 50% constituye por si misma salvo circunstancias excepcionales la prueba de la existencia de una posición de dominio.*”

Esta sentencia ha sido sumamente criticada no solo porque no toma en cuenta los otros factores estructurales de competencia sino por lo sostenido por la Comisión Europea en la aplicación del Reglamento 4064/89 sobre Concentraciones, la que se abstiene de considerar que la mera tenencia de una cuota de mercado del cincuenta por ciento supone una presunción de posición dominante.

El TDC antes de alinearse a la doctrina del Tribunal Europeo entendía que la cuota de mercado era el elemento esencial de la posición dominante.

Posteriormente en la **Sentencia Bacardi** proclamo que “*una elevada cuota de mercado (70%) de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es solo un factor que con el concurso de otros puede procurar una posición de dominio*”

La doctrina actual del TDC entiende que no corresponde atribuir posición de dominio porque haya altas cuotas de mercado o que no la hay porque la cuota sea baja, habrá de analizarse los otros requisitos necesarios para que exista una posición de dominio: **poder de mercado e independencia de comportamiento.**

Barreras de Entrada

Son definidas como aquellos costes o dificultades que puede tener una empresa para entrar en un nuevo sector productivo.

Se identifican las siguientes barreras de entrada: a) obstáculos legales (existencia de patentes y marcas, existencia de un monopolio legal, etc.)

b) inversiones de capital, c) las economías de escala que se obtienen al elevar el volumen de producción y frenan el acceso al sector por parte de nuevas empresas, d) dificultad de acceso a los canales de distribución.

El TJE en las sentencias **Hoffman – La Roche y United Brands** identificó como barrera de entrada las inversiones elevadas que deban realizarse.

Señala Gabriel Martínez Medrano ³⁸ “ Uno de los economistas que mejor ha estudiado la estructura de mercado es Michel Porter..., en su obra señala las siguientes barreras de entrada: i) economías de escala, ii) diferenciación de productos (fidelización de los clientes a las marcas de las empresas que ya participan en el mercado,iii) necesidades de capital, iv) acceso a los canales de distribución (por ej: el limitado espacio físico en las góndolas del supermercado),...”

4.2.2 ANALISIS DE LA DEPENDENCIA

³⁸ Martínez Medrano, “ El Abuso de Posición Dominante en la ley Argentina de Defensa de la Competencia” – Boletín Latinoamericano de Competencia – Nro. 14 – Abril 2002

En lo que concierne a este análisis, la doctrina se encuentra dividida. Hay quienes sostienen que si el análisis estructural resulta complejo para definir el mercado relevante se debe analizar la dependencia económica.

Otros entienden que el derecho de la competencia no tiene por finalidad principal proteger a los consumidores sino más bien a la competencia, por ello cuando se analiza el volumen de negocios con la contratante o la larga duración de las relaciones comerciales no es bueno utilizar el abuso de posición dominante para sofocar los problemas que pueda suponer la ruptura de relaciones.

La Comisión Europea³⁹ ha entendido que ciertas prácticas anticompetitivas, (boycotts, cartés de importación, etc) pero también de ciertas restricciones verticales (por ejemplo, acceso discriminatorio a asociaciones de empresas, cuando ser miembros de la asociación es necesario para acceder al mercado; acuerdos exclusivos) o determinados abusos de posición dominante (precios predatorios, denegación del acceso a instalaciones esenciales, etc) son obstáculos a la entrada que aíslan los mercados. En caso contrario dichas prácticas atraerían la entrada.

4.2.3 ANALISIS DE LA DEPENDENCIA

En lo que concierne a este análisis, la doctrina se encuentra dividida. Hay quienes sostienen que si el análisis estructural resulta complejo para definir el mercado relevante se debe analizar la dependencia económica. Otros entienden que el derecho de la competencia no tiene por finalidad principal proteger a los consumidores sino más bien a la competencia, por ello cuando se analiza el volumen de negocios con la contratante o la larga duración de las relaciones comerciales no es bueno utilizar el abuso de posición dominante para sofocar los problemas que pueda suponer la ruptura de relaciones.

V) ABUSO DE POSICION DOMINANTE

En Uruguay el art.1321 del Código Civil dispone: “El que usa de su derecho no daña a otro con tal que no haya exceso de su parte.”

Es admitido pacíficamente en nuestro país, que este artículo consagra la Teoría del Abuso de Derecho.

Siguiendo los antecedentes de nuestra legislación en defensa de la competencia, acudiremos para la definición del abuso de posición dominante a las sentencias del TJE, la Comisión Europea y del TDC.

De acuerdo a lo ya expuesto en el numeral IV) sobre Posición Dominante, el concepto objetivo sobre posición dominante parte con la **Sentencia Continental Can**, antes se sostenía un concepto subjetivo en donde se exigía que la empresa con posición dominante desplegara todo su poderío para cometer el abuso.

En la Sentencia se dijo: “...constituye abuso fuera de toda falta el que una empresa en posición dominante refuerce esta hasta el punto de comprometer la libertad de comportamiento del consumidor.”

³⁹ Comunicado de la Comisión Europea de fecha 23 de febrero de 1998 – (98-0882)

La sentencia **Hoffman – La Roche** declaró “...el concepto de explotación abusiva es un *concepto objetivo*.”

La doctrina que sigue esta concepción objetiva, entiende que para poder imputar a una empresa de abuso de posición dominante no es necesario que realice una conducta de explotación sino que bastaría que la empresa dominante aunque lleve a cabo una conducta correcta puede llegar a ser una conducta de explotación desde su posición de dominio.

Se deduce que no interesa la conducta, sino quién la realiza; lo que para una empresa que no tiene posición de dominio no es reprochable, para una empresa con posición dominante esta prohibido.

Con la ya nombrada sentencia **United Brands** del año 1978, se estableció 189:” *...que l’existence d’une position dominante ne saurait priver une entreprise se trouvant dans une telle position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont attaques, et qu’il faut lui accorder, dans une mesure raisonnable, la faculté d’accomplir les actes qu’ elle juge appropriés en vue de protéger ses dits intérêts, on ne peut admettre de tels comportements lorsqu’ ils ont précisément pour objet de renforcer cette position dominante et d’ en abuser.*”

Este término razonable es utilizado por primera vez para medir la licitud de los actos de la empresa dominante.

Este mandato implica que la empresa dominante debe reaccionar frente a sus competidores para proteger sus intereses particulares siempre que sea razonable y lo será cuando su comportamiento no implique reforzar su posición dominante o abuse de la misma

La Comisión Europea en su **Decisión BPB Industries PLC**, de fecha 5 de diciembre de 1988, adhiriéndose a la posición del TJE, calificó como abusiva la conducta excluyente

En este mismo sentido se ha definido a través de la sentencia Michelin⁴⁰.

La Comisión Europea en su **Decisión BPB Industries PLC**, de fecha 5 de diciembre de 1988, adhiriéndose a la posición del TJE, calificó como abusiva la conducta excluyente de un distribuidor dominante destinada a impedir el acceso de los otros competidores a los clientes.

Aquí el agente económico no busca mejorar su posicionamiento mediante mejores precios o mejores servicios o un mejor producto, sino sencillamente que la restricción de la competencia esta dado por un comportamiento exclusorio.

⁴⁰ TD Competencia Resoluciones - Resolución 456/99 Retevisión c/ Telefónica del TDC: “El abuso de posición de dominio puede dirigirse a la explotación de los consumidores o a obstaculizar indebidamente la acción de los competidores .Es doctrina consolidada en el derecho de competencia comunitario (caso 322/81 Michelin) y español (Resolución de 26 de febrero de 1999, Exp.413/97 Ariel c/ Telefónica) que incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de competencia. Por otra parte la doctrina reconoce la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, ya que solo así se derivaran los efectos beneficiosos de la competencia.”

Idéntico criterio ha sostenido el TDC Español en su sentencia de **Airtel c/ Telefónica** – “De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria antes citada, TSM y Telefónica como empresas dominantes en el mercado de telefonía móvil y en el vecino de la telefonía fija, tenían una especial responsabilidad respecto de los efectos que el conjunto de exclusivas tenían o podían tener en un mercado en el que el nivel de competencia estaba debilitado tanto por su posición dominante como por el hecho de haber sido recientemente abierto a la competencia y estar el segundo operador iniciando sus actividades.”

“ Para que pueda apreciarse el abuso no es preciso que se produzca en términos absolutos un “cierre de mercado” como interpretan las imputadas, pues admitir esta afirmación en términos estrictos, no solo resultaría contrario a la jurisprudencia comunitaria antes citada, sino que supondría una restricción muy importante en la aplicación del art. 6 de LDC... y se resuelve que se ha resultado acreditada la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el art.6 de la ley 16/89 consistente en dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de AIRTEL S.A. mediante la celebración de contratos con cláusulas de exclusiva y retribuciones muy superiores con los distribuidores y sus agentes ...”⁴¹

Resulta de interés el voto discrepante del vocal Pascual y Vicente respecto a esta resolución, los argumentos mencionan la Sentencia del TJE del 26 de noviembre de 1998 sobre una empresa periodística

En el caso **Retelevisión c/ Telefónica**, el Tribunal Español afirmó: “ *En realidad, el abuso de posición dominante, sobre todo en su aspecto anticompetitivo, puede revestir una gran cantidad de formas, y con frecuencia, los casos que se presentan ante las autoridades de competencia carecen de precedentes formales y no se repiten con las mismas características. Lo que subyace en común a todos los casos de abuso, son independencia de la forma que adopten, es el concepto objetivo por el que la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de tal competencia, tal como señala la sentencia Hoffman –La Roche del TJE*⁴²”

En el **Informe Anual sobre la Política de Competencia de 1996**, la Comisión Europea, estableció el criterio: “*El derecho comunitario prohíbe los comportamientos contrarios a la competencia de las empresas que ocupan una posición dominante en el mercado. Asimismo, los comportamientos competitivos que normalmente no infringen las reglas comunitarias de competencia, podrían hacerlo si son practicadas por empresas en posición dominante. Este enfoque se basa en que el comportamiento de estas empresas produce efectos muy importantes sobre la competencia. Esto es especialmente cierto cuando las*

⁴¹ Tribunal de Defensa de la Competencia – Resolución 413 – Expedientes Sancionadores; se trataba de la suscripción de contratos de exclusividad con los distribuidores de telefonía móvil analógico. La Sentencia en cuestión afirmó: “De acuerdo con la Jurisprudencia comunitaria, los compromisos de compra en exclusiva no están prohibidos con carácter general. La apreciación de sus efectos en el mercado depende de las características de este último (sentencia 28 de febrero de 1991, Delimitis C-234/89, sentencia de 1 de abril de 1993 BPB Industries plc y British Gypsum Limited.”

⁴² Tribunal de Defensa de la Competencia – Expedientes Sancionadores Nro.456/99

empresas recurren a prácticas de exclusión; es decir cuando adoptan un comportamiento que elimina a un competidor o limita o impide sus actividades. Aunque una empresa en posición dominante tiene derecho a defender su posición compitiendo con otras, le incumbe también una responsabilidad particular de no reducir aun más el grado de competencia que subsiste en el mercado. Las prácticas de exclusión pueden dirigirse contra competidores ya establecidos en el mercado o concebirse para impedir el acceso de nuevos competidores.”

Reiteramos esta concepción objetiva del abuso de posición dominante deriva en la especial responsabilidad de comportamiento que tiene la empresa dominante, responsabilidad esta que no es exigida a las empresas no dominantes.

En ***Retelevisión c/ Telefónica***, se ha ido más lejos aún en materia de responsabilidad al afirmar: “ *Por otra parte la doctrina reconoce la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores, ya que solo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia.”*

Tenemos entonces que no solo se exige a las empresas con posición dominante un comportamiento responsable en relación con los otros agentes económicos, sino que las mismas deben mantener el mismo espíritu empresarial.

Esta jurisprudencia del TJE sobre la exigencia de responsabilidad de las empresas dominantes es continua. Ver ***Sentencia Michelin de 1981***, ver ***Sentencia Irish Sugar de 1999***.

En la frecuentemente citada sentencia ***Retelevisión c/ Telefónica***, el TDC distingue el comportamiento lícito e ilícito de la empresa dominante, Fundamentos de Derecho – 14: “ *Ante la dificultad de distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo, La Comisión y el Tribunal de Justicia Europeos han venido utilizando el criterio de que la conducta para ser legítima debe tener una **justificación objetiva** (Centre Belge d’Etudes de Marche Telemarketing, 1986, Tetra Park 1998, BPB 1999) y para la apreciación del abuso entonces será tan necesario considerar los componentes restrictivos o desleales de la conducta en cuestión y el alcance de sus efectos directos e indirectos, como la intensidad y el grado de la posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva.”*

Se advierte que la jurisprudencia europea y también la española que la sigue, reconoce dos tipos de abusos.

El **abuso de posición dominante** es el que se desarrolla por parte de quién tiene posición de dominio y se vale de ella para fijar precios superiores a los competitivos o, lo que es lo mismo, producir un volumen inferior al competitivo.

El **abuso de posición dominante** en cambio es la conducta de quién tiene posición dominante y se sirve de la misma para excluir a sus rivales, o sea la disminución de la franja competitiva de un mercado.

VI) EL MERCADO RELEVANTE

La importancia de la determinación del mercado relevante no es caprichosa, resulta el mapa del que surgirá cuáles son los competidores reales de las empresas afectadas, y si esos competidores tienen la capacidad de restringir la competitividad.

La delimitación que se haga del mercado relevante generará en el caso de una definición amplia una subestimación de cuotas del mercado, y si se lleva a cabo una definición estrecha resultará una sobreestimación de las cuotas de mercado.

Las autoridades de competencia europeas, han formulado a través de la Comisión Europea una comunicación sobre la definición del mercado relevante.

Según la **Comunicación (97/C 372/03) el mercado del producto** relevante comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran **intercambiables o sustituibles** en razón de sus características, su precio o el uso.

Basta recordar la Sentencia United Brands que se ampara en uno de los criterios para apreciar la sustitución del producto (las características técnicas del producto) en la que se expresaba: “ las posibilidades de competencia en relación con el art. 86 del Tratado deben ser examinadas en función de las características del producto en causa debe poder individualizarse por sus características particulares de tal forma que lo diferencien de otros productos hasta el punto de que sea poco intercambiable con ellos, y que no sufra su competencia de manera sensible.”

Por su parte la **Comisión Europea** :” El mercado de productos pertinente incluye, además de los productos objeto del acuerdo, cualquier otro producto idéntico o equivalente...los productos de que se trate han de ser intercambiables, aspecto éste que ha de ser apreciado por los consumidores en principio, han de tomarse en consideración conjuntamente las propiedades de los productos, su precio y su uso. En casos específicos, algunos productos pueden, sin embargo, constituir un mercado distinto en razón de sus propiedades, de su precio o de su utilización, es lo que ocurre sobre todo cuando los consumidores manifiestan preferencia respecto de ellos⁴³”

Y el **mercado geográfico** relevante comprende las zonas donde desarrollan las actividades las empresas afectadas por otro agente económico.

VII) CONCLUSIONES

La figura Abuso de Posición Dominante es conjuntamente con los pactos colusorios las conductas anticompetitivas legisladas por Uruguay.

Lo que se sanciona es el abuso de la posición dominante y no la posición dominante *per se*, nuestra legislación ha seguido el modelo europeo también en no definir que se entiende por posición dominante y abuso de la misma.

⁴³ Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del art. 85 (DOCE Serie C Número 231 del 12 de setiembre de 1986) -Citada por Gabriel Martínez Medrano –Boletín Latinoamericano de Competencia- Nro.14 Año 2002

La posición dominante de acuerdo a la jurisprudencia europea y la española que la sigue, contiene dos aspectos básicos para definirla: poder de mercado e independencia de comportamiento frente a los competidores, consumidores y proveedores.

También es de resaltar que no interesa la conducta sino quién la desarrolla,- lo que para una empresa no es reprochable por carecer de posición de dominio, para quién si la tiene la conducta esta prohibida.

BIBLIOGRAFIA

Abreu Bonilla, Sergio - Mercosur e Integración – Fundación de Cultura Universitaria – Montevideo, 1991

Barbé Pérez, Héctor – “ Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo” en Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Uruguayo y Comparado - Fundación de Cultura Universitaria – junio 2001

Bugallo, Beatriz – Abuso de Posición Dominante derecho comparado y derecho uruguayo, Revista de la Universidad de Montevideo – 2002
Caffera, Gerardo – El Negocio Jurídico y la legislación nacional sobre Defensa de la Competencia, Anuario de Derecho Civil Uruguayo – Tomo XXXI, pag. 581
Cajarville Peluffo, Juan Pablo – “ Recursos Administrativos” – Fundación de Cultura Univesitaria – Edición Actualizada ley 17.243 – 2000

Delpiazzo, Carlos “ Desafíos actuales del Control” – Fundación de Cultura Universitaria, 2001

Dromi, Roberto “ Competencia y Mercado” – Ciudad Argentina – 1999

Ferrer, Daniel – “Practicas Anticompetitivas y Abuso de Poder Económico” Fundación de Cultura Universitaria – Edición 1993

Fernández Ordoñez, Miguel – “ La Competencia” Edición 2000 Madrid

Gamarra, Jorge – Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIX, pág.203

Gros Espiell, Héctor – MERCOSUR El Tratado de Asunción –Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo – 1991

Instituto Artigas del Servicio Exterior, Evolución del Mercosur. OEA 1994

Julliet, Rénee – Rabe, James – “Monopolization and Abuse of dominant position” – Universidad de Lege –1970

Olivera García, Ricardo – Introducción al Derecho de Competencia en “ El Nuevo Régimen del Derecho de la Competencia”. Universidad de Montevideo –2001

Pascual y Vicente, Julio – “ Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa” – Editorial Civitas –2002

Peirano Facio, Jorge “Responsabilidad Extracontractual” pags. 292 y 293

Pellicer Valero, Jesús – “ Las prácticas abusivas” – Redemar Nro. 104, 1967, pag. 339

Real , Alberto Ramón – “ Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguay” en “ Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado” – Fundación de Cultura Universitaria – junio 2001

Ruiz Diaz Lambrano, Roberto – “Mercosur Integración y Derecho” Editorial Ciudad Argentina –1998

Tradacete, Angel “ Aplicación Práctica de la Prohibición de Acuerdos Restrictivos de la Competencia en Derecho Comunitario – 2002

Vogel, Luis “Droit de la Concurrence et la Concentration Economique “ 1988

1.5. CHALLENGES OF IMPLEMENTING A COMPETITION REGIME IN A SMALL DEVELOPING COUNTRY: BARBADOS

by Michelle C Goddard⁴⁴

1. Introduction

This paper deals with the development of the framework for the enforcement of competition law in Barbados and addresses some of the challenges and issues that arise in establishing an effective legal and administrative framework.

The experience of Barbados suggests that although competition policy may be considered to be a useful tool in assisting small economies in increasing economic efficiencies, significant enforcement challenges will arise from:

- Human and financial resource constraints;
- Tensions between promoting domestic rivalry of businesses and the efficiencies required to achieve international competitiveness; and
- Inherent and particular cultural and economic characteristics of small environments. These factors can significantly undermine the benefits which are expected to accrue from the implementation of a competition regime and are likely to pose concerns in developing an effective and consistent competition regime in small territories.

2. Competition policy and small economies

The necessity and desirability of implementing a competition framework in small developing open economies, such as Barbados, has been explored by several commentators.

It has been argued that trade liberalisation and the dismantling of Government barriers should be enough to open the market and that imports or the threat of imports will sufficiently temper the market power of domestic producers. In these circumstances the necessity of a competition policy has been challenged. Indeed, Hong Kong and Singapore have sought to rely on open trade and investment policies and sectoral regulation in promoting competitive markets.

There can be little doubt that private anti-competitive practices can reduce or defeat the benefits that may be gained from trade liberalisation and that anti-competitive conduct exists even in small open economies. Given that a good competition policy and laws can enhance economic efficiency, improve consumer welfare and assist in creating a more competitive domestic market, competition laws and policies are emerging as a key element in developing countries economic policies.

The debate on the efficacy of competition policy in small economies appears to have moved away from the argument that small economies have no need for a competition policy to focus on the specific modalities for design and implementation of laws in these jurisdictions.

⁴⁴ Chief Executive Officer, Fair Trading Commission, Barbados. The views expressed in this paper are the views of the author and do not represent the views of the Fair Trading Commission or any individual Commissioner.

Characteristics of small economies

The debate on competition policy in small economies has largely focused on its application to territories like Canada, New Zealand, Hong Kong, Singapore which are comparatively small economies in the global marketplace. Definitions of smallness have looked at measures of size, at economic structure and entry barriers with no actual measure of size⁴⁵ and at economies “that are approaching the minimum size needed to operate a full set of regulatory and competition policies and institutions.”⁴⁶

In this debate the characteristics and difficulties of the economies such as those in the Caribbean region which are often characterised as micro economies have received limited critical analysis⁴⁷.

Applying the conventional economic measures of smallness, such as population or Gross Domestic Product, confirms that Barbados is most certainly a small jurisdiction, with a land mass area of 432 sq km (166 sq miles), a population of 264,000 and an annual GDP of US\$2,600.4 million.⁴⁸

The Barbados economy is based on an open trading system with heavy reliance on imports. Other characteristics include:

- Monopolistic and oligopolistic market structures - high concentration levels with only a single dominant firm in several important sectors; and
- Inefficient small firms - small production units in agriculture and manufacturing precluding firms from benefiting from economies of scale or scope.

3. Designing a Competition Framework for Barbados

The introduction of a competition regime was embraced by the Government of Barbados as part of an overall trade reform programme and its commitments to its obligations under WTO. In the implementation of this programme, policy barriers to trade and price controls were reduced and progress made on the liberalisation of the telecommunications sector. Government also divested some of its interests in the insurance and banking sectors and embarked on a policy of corporatising state enterprises.

It is recognised that domestic competition policy should be consistent and work in tandem with commercial, monetary and industrial policy. It is to be noted however, that in Barbados, as in other jurisdictions, restrictions and conflicts still exist such as restrictive entry to professions, monopoly rights granted to firms and restrictive marketing arrangements. The Barbados Agricultural Development and Marketing Corporation (BADMC), a state enterprise established in 1993 to regulate and promote exports, presently has a monopoly on the importation of all poultry products.

⁴⁵ Gal “Competition Policy for a Small Market Economies” Harvard University Press (2003)

⁴⁶ OECD Global Forum on Competition – Submission from New Zealand (2003)

⁴⁷ Empirical Research Paper by Dr. Taimoon Stewart on Competition Issues in Small Economies in the Caribbean is presently under preparation.

⁴⁸ Statistics drawn from WTO Trade Policy Review Barbados – Report by the Government – WT/TPR/G/101; 10 June 2002

In designing its current competition policy Government recognised that effective regulation of domestic business enterprise would be a necessary component in the development of the market. This recognition was coupled with regional obligations in CARICOM and the need to ensure that the benefits expected from the establishment of the CARICOM Single Market and Economy (CSME) were not frustrated by anti-competitive practices.

Prior to the introduction of the legislation the Government therefore commissioned studies⁴⁹ to obtain empirical data on the market structure and the state of domestic competitiveness as well as recommendations on the appropriate policy framework. These studies noted the existence of oligarchic and monopolistic structures and indicated that there were a number of business practices that would be considered as unfair by jurisdictions with a competition regime. These included anti-competitive practices to prevent competitive entry, refusals to deal and resale price maintenance. Unfortunately the studies did not fully address the peculiarities of the small economy and only limited attempts were made to design a competition regime that took these characteristics into account.

4. The Fair Competition Act 2002-19

The Fair Competition Act came into force on 2nd January 2003. The objectives of the Act, as set out in the short title, are to:

- (a) promote and maintain competition;
- (b) prohibit the prevention, restriction or distortion of competition and the abuse of dominant positions in trade in Barbados and within the CARICOM Single Market and Economy; and
- (c) ensure that all enterprises, irrespective of size, have the opportunity to participate equitably in the marketplace.

The legislation contains standard competition provisions and draws from UK, EU, Canada and US legislative models. There are overlapping provisions addressing similar conduct which will pose challenges for enforcement and administration⁵⁰ and it will be critical to ensure that appropriate use is made of precedents from relevant jurisdictions.

The Act covers:-

- ❖ Anti-competitive agreements and practices including rule of reason;
- ❖ Abuse of dominance with efficiency;
- ❖ Anti-competitive Mergers – The Act provides for mandatory pre-notification of mergers by enterprises which cease to be distinct and which together control more than 40% of any market;
- ❖ Interlocking directorates – Directorates between significant competitors that weld together policies are prohibited;
- ❖ Authorisation – Public benefit test is applied for the exemption of certain agreements from the provisions of the legislation;

⁴⁹ Pelzman, J., Gordon, G., and S. Langer (2000) "Establishment of a Fair Trade Commission in Barbados: Initial Diagnostic and Survey of Domestic Market Competitiveness" prepared for Inter-American Development Bank /Barbados; L.H. Consulting Ltd. (2001) "Policy Framework for the Introduction of Fair Competition Legislation".

⁵⁰ For example resale price maintenance is addressed in Part VI (based on Canadian provisions) as well as in Part IV (based on UK provisions) of the Fair Competition Act

- ❖ Penalties – Provision is made for criminal and civil penalties. Some fines are linked to turnover of enterprises; and
- ❖ Enforcement – Enforcement is by the Fair Trading Commission and the courts. Private rights of action have also been granted.

5. Challenges of Enforcement

Effective enforcement is the key to a successful competition regime, as well -designed and drafted laws are of limited utility without appropriate enforcement.

Enforcing a competition regime is a formidable task for small economies given

- Difficulties of institution building with significant human and financial resource constraints;
- Limits of domestic regimes and the difficulties of extra-territorial enforcement;
- Tensions between the promotion of domestic rivalry and the desire of firms to merge to achieve greater economies of scale and international competitiveness; and
- Cultural characteristics of small environments with familiarity of players and lack of public knowledge of the benefits of competition law.

It is therefore essential that strategies be developed to address these issues and a consideration of some of the approaches that may be useful in Barbados are set out below.

5.1 Institution Building – Financial and Human Resource Constraints

The Fair Trading Commission of Barbados was established on 2nd January 2001 to safeguard the interests of consumers, regulate utility services supplied by service providers, monitor and investigate conduct of service providers and business providers and to promote and maintain effective competition in the economy. The Commission has been charged with responsibility for the administration and enforcement of several pieces of legislation including Fair Trading Commission Act 2000-31, the Utilities Regulation Act 2000-30, Telecommunications Act 2001-36, the Consumer Protection Act 2002-20 and the Fair Competition Act 2002-19.

The agency was designed to capitalise on the synergies between the disciplines of utility regulation, fair competition and consumer protection. In enforcing these myriad pieces of legislation the Commission is responsible for, inter alia:

- Setting rates for regulated utilities⁵¹
- Establishing service standards for regulated utilities
- Dealing with customer complaints on billings and service standards
- Determining terms of interconnection agreements between telecommunications carriers
- Resolving disputes between telecommunications carriers
- Investigating and prosecuting unfair trade practices
- Monitoring use of unfair contract terms
- Enforcing product safety provisions

⁵¹ The regulated service providers/utilities are Cable & Wireless (Barbados) Ltd. – Telecommunications sector; Barbados Light and Power Co. Ltd. – Electricity sector. It is expected that the water and sewerage and natural gas sectors will also fall to be regulated by the Commission.

- Developing industry codes
- Investigating anti-competitive conduct

The importance of maximising the use of human capital, minimising regulatory cost and avoiding duplication of administrative costs were critical factors which influenced the structure of the Commission as a multi-sector regulatory enforcement institution.

Structure

The Commission is an independent statutory corporation. It is headed by a Chairman together with a Deputy Chairman and five other members appointed for periods of up to five (5) years. All Commissioners are appointed on a part-time basis. The Commission is responsible for adjudicating on matters and providing overall strategic direction. Management of the Commission rests with the Chief Executive Officer who is an *ex officio* member of the Commission. The Commission is assisted by a staff of 28 persons across the agency's functional areas who are responsible for administrative support and investigating cases and providing advice to Commission on matters before it.

Financial Resources

The Commission's activities are funded by the Consolidated Fund through a combination of government grant and loan. The grant meets the expenses attributable to competition and consumer protection activities. The costs of utility regulation are funded by a levy on regulated utilities, which is used to repay the loan from Government.

Given its multi-sectoral role it is essential that the Commission have appropriate financial and human resources to carry out its wide legislative mandate. However the agency is reliant on Government for funding and in effect therefore the Commission has to compete with critical Government services such as health and education for financing. This has affected the ability of the Commission to obtain adequate financing for its functions.

Ensuring the availability of funds for enforcement of the legislation is a challenge. In attempting to ensure that the Commission can effectively and in a timely manner defend or initiate major litigation the Commission has set up a Litigation Reserve Fund – a mechanism for maintaining reserves to meet the costs of litigation. It is hoped that this will assist the Commission in facing the formidable resources of those companies which will come before it.

Pursuant to section 10 of the Fair Competition Act the Commission is empowered to prescribe fees to defray expenses. The Commission is presently examining feasible options that can be utilised and is developing a cost recovery policy for appropriate services that ensures that fees charged for particular services (mergers and authorisations) are not prohibitive and do not act as a deterrent to business activity.

Human Resources

As a statutory corporation funded by the Consolidated Fund, the staff complement is determined not by the Commission but by the Ministry of the Civil Service, who set terms and conditions for the entire public service and have a limited understanding of the role and requirements of a competition agency. One should note that as a result of these factors the Commission has only a single officer fully dedicated to competition matters.

Whilst the Commission has been fortunate to recruit a cadre of dedicated professionals the Commission's ongoing ability to attract, recruit and retain qualified professional staff is severely hampered. Salaries are tied to the public sector salary scale and this, coupled with the fact that the Commission is competing in the market with private sector entities, makes the task of recruiting skilled staff extremely difficult. It is imperative that the competition agency be allowed a measure of independence in determining and setting its own terms and conditions for staff and this matter will need to be addressed by policy makers.

The challenges of enforcing the laws are compounded by the absence of the appropriate knowledge based skills. Identifying and proceeding to develop and learn the skills required for competition investigations will be a complex and continuing process for professionals in this area. There is a dearth of technical expertise and training programmes in competition law and policy in the region and there are no core courses for economists or lawyers at the University of the West Indies in this area.

The Commission will need to devise mechanisms to keep staff who develop the requisite skills through practical experience and exposure to international training. Notwithstanding the above constraints the Commission has been attempting to develop creative solutions to buttress its limited human resources. During the embryonic stages, the Commission has benefited greatly from the secondment of an experienced officer from the Australia Competition and Consumer Commission for a period of three months. The Commission has also established a legal and economic internship to promote wider interest and understanding of the field.

5.2 Limits of domestic regimes and the difficulties of extra-territorial enforcement

The impact of the activities of international cartels on domestic economies has often been highlighted as a good reason for the introduction of competition legislation in small territories. A major challenge facing us in Barbados is that our domestic competition law does not have extra-territorial reach to address anti-competitive practices at the global level.

It is to be noted that a national law does not assist with the investigation and discipline of international cartels even where the activities are clearly seen to adversely affect our economies. The action of the domestic agency will be ineffective where proof of commission of offence is only available outside the territory. It is hoped that the establishment of the CARICOM regional institutional framework – the Community Competition Commission – will greatly assist our territories in concluding co-operation agreements with major trading partners whose businesses adversely affect our markets.

5.3 Tension between promoting domestic rivalry and the desire to consolidate for international competitiveness - merger control regulation

Merger control regulation can be especially difficult for a small developing economy. It is essential that the need for competitiveness within the local market be balanced with the desire to encourage the development of competitiveness internationally. The need for business in our economies to attempt to develop economies of scale and scope in the international trading environment is self-evident. The development of formal and informal alliances can also be beneficial to business in accessing a greater pool of scarce skilled personnel, developing technology and for general research and development. The players

in the local business community argue that to impede mergers of firms in small economies would adversely affect their ability to compete in the global market. Michael Porter⁵² has maintained that domestic competitiveness and strong domestic rivalry is pivotal to firms becoming internationally competitive. It may also be argued therefore that in order to create international competitiveness domestic rivalry must be aggressively promoted.

⁵² Porter: Competitive Advantage of Nations (1990) The Free Press

The manner and extent to which a merger control regime is administered may therefore need to take into account the above considerations to ensure that domestic businesses are not hampered by an unduly restrictive regime.

With our limited resources merger control poses additional challenges to the Commission. Merger decisions must be made in a timely manner that facilitates business re-organisation. The analysis and assessment of merger control regulation involves consideration of complex arrangements and transactions which require intensive utilisation of human resources.

5.4 Cultural Characteristics

The history of entrepreneurship and business activity in Barbados provides an interesting backdrop against which the present business culture can be examined and the likelihood of the success of a competition regime assessed.

It has been noted that the dominant business interest in Barbados developed through the merger of the merchant and planter sectors:

“The merger between the two sectors was not limited to business interests; for ties of common white race, political participation and interest; intermarriage and association in social affairs cemented the relationship.”⁵³

Our economy, transformed from a plantation economy with a dominant planter elite, remains a society in which mercantile behaviour is controlled by a small concentrated group of persons. In these small economies everyone knows each other particularly in the dominant business class where persons will have attended the same schools, golf clubs and own adjoining beach houses. The existence of collusive behaviour is likely to be prevalent and extremely difficult to prove as one will need to get information from a cohesive body of persons.

Cultural issues also arise in attempting to educate the general public on the benefits of competition policy in an environment where a history of formal price controls has led to a general public expectation that there should be similarity in pricing.

5.5 Competition Advocacy

Limited attempts were made to educate and inform stakeholders prior to the passage of the legislation. An Advisory Committee consisting of a wide range of interests – businesses, manufacturers, consumer groups, trade unions - was established to review and comment on the legislation. Several seminars/workshops were hosted by both public and private sector entities. However the legislation was passed with limited public debate.

Developing the knowledge and garnering the support of these diverse stakeholders is important in the enforcement of the competition law. The Commission intends to meet this

⁵³ Barrow: “Small Business in the Context of Corporate Ownership and Control in Barbados” Bulletin of Eastern Caribbean Affairs Vol. 5. No. 4 Sept/Oct 1979

goal by utilising its website, developing publications, producing television and radio programmes and hosting seminars and workshops.

5.6 Determining agency priorities

The level of complaints lodged with the Commission together with its limited resources means that the Commission will often be placed in a reactive rather than a proactive role. It is imperative that the Commission manage its agenda, set its priorities and deflect demands to do too much too early.

6. Conclusion

The Fair Trading Commission, as a small enforcement agency, is facing significant challenges in attempting to implement an effective and credible competition regime.

The costs of establishing an effective institutional competition regime are prohibitive. A comparison with the number of employees and budget of a competition agency in a developed country is likely to reveal that there is a higher per capita cost for agencies in developing countries. Unfortunately, the small size of our economies does not reduce the level of technical analysis, investigation or data set required.

Against this background one must ask a fundamental question:

“Can small developing countries with significant resource constraints really develop effective competition regimes?”

List of References

1. Carryl: "Competition Policy: Implications for CARICOM Single Market and Economy"; Caribbean Dialogue Vol. 5 Nos 1&2.
2. OECD Global Forum on Competition "Small Economies and Competition Policy: A Background Paper" CCNM/GF/COMP (2003) 4.
3. OECD Global Forum on Competition "Competition Policy and Small Economies – Note by the Secretariat"; CCNM/GF/COMP (2003) 5.
4. OECD Global Forum on Competition "New Zealand - Competition Policy in Small Economies: Issues Arising", CCNM/GF/COMP/WD (2003)29
5. Stewart: "Addressing the specific needs of developing countries in implementing new competition laws", WTO Symposium on Competition Policy, Geneva; 22 April 2002.
6. Stewart: "Flexibility and Progressivity as underpinnings of a multilateral framework on competition policy"; WTO Symposium on Trade and Competition Policy, Geneva; 22 February 2003.
7. WTO– Communication from Trinidad and Tobago-WT/WGTCP/W/143; 2 August 2000.
8. WTO Trade Policy Review Barbados – WT/TPR/S/101; 10 June 2002.

1.7. La política de competencia y la promoción de las PYMES en Guatemala

Lic. Guido Rodas, Viceministro de Inversión y Competencia

Ministerio de Economía, Guatemala

Introducción

Aunque muchos objetivos han sido atribuidos a la política de competencia en los pasados cien años, algunos temas principales se destacan entre los demás. El más común de los objetivos citados es el mantenimiento del proceso competitivo o de la libre competencia. Otros objetivos asociados a dicho fin son: la libertad de comercio, libertad de opción, y el acceso a los mercados.

En algunos países la libertad de la acción individual es vista como el equivalente económico de un sistema de democracia constitucional. En otros países, el énfasis se pone sobre la política de competencia como medio de asegurar la libertad económica, o sea, la libertad de competencia.

Durante las pasadas dos décadas, el papel de la política de competencia se ha expandido de forma significativa hasta incluir la reducción de los efectos adversos de la intervención del gobierno en los mercados. También se ha procurado mejorar el acceso y abrir mercados por medio de reducir las barreras a la entrada mediante la desregulación, la privatización, la reducción de aranceles o la remoción de cuotas, y licencias.

En los últimos años, se han agregado nuevos objetivos relacionados con el enriquecimiento del papel de los mercados, entre estos incluyen la protección de las empresas pequeñas, preservar el sistema de libre empresa y mantener la equidad y la honestidad. Algunos objetivos tales como moderar o reducir la inflación, son recurrentes, y se basan en que es menos probable las medidas de estabilización de precios resulten exitosas cuando existen tendencias monopolistas en una economía⁵⁴.

La inclusión de las PYMES en el tema de la competencia, especialmente en los países en desarrollo, obedece a la creciente importancia que las pequeñas empresas tienen como generadoras de empleo, destinos de inversión y creadoras de nuevos productos para la diversificación de las economías. No obstante, las políticas de promoción de la competencia y el fomento de las PYMES, no se han integrado en el caso de Guatemala, debido a que las políticas relacionadas con las PYMES se diseñaron antes de que se considerara una política de competencia.

En la política del gobierno en Guatemala, las acciones para desarrollar mercados competitivos, así como para el incremento y estímulo a las pequeñas y medianas empresas, se encuentran a cargo del Ministerio de Economía. Para tal efecto, se asignó la responsabilidad de cada una de dichas áreas al Viceministerio de Inversión y

⁵⁴ Ver OECD, A Framework for the Design and Implementation of Competition and Policy, p.4. Washington 1999.

Competencia, y al Viceministerio de Desarrollo de la Pequeña y Mediana empresa, respectivamente.

Marco Legal para el Desarrollo de Mercados y libre competencia

Con la finalidad de promover la libre competencia, se estableció la Dirección de Promoción de la Competencia, la cual inició sus acciones en el año 2,000, teniendo como objetivo estimular y velar por el desarrollo de acciones económicas y comerciales que favorezcan la adecuada inserción de la actividad económica nacional en el mercado interno y externo.

Dentro de las principales actividades de la promoción de la competencia se encuentran las siguientes:

- (a) Formular la política nacional de competencia. La competencia como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento sustancial del modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia de acuerdo con las exigencias de la economía general ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos acorde a lo establecido en el artículo 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- (b) Elaboración de la ley de Promoción de la Competencia, la cual responde al objetivo específico de garantizar la existencia de libre competencia, siendo compatible con las demás leyes que regulan el mercado. La propuesta es un sistema de control flexible de los acuerdos que limitan la competencia en el mercado nacional y prohíbe tanto el ejercicio abusivo del poder económico como aquellas conductas unilaterales que por los medios desleales sean capaces de falsear sensiblemente la competencia.

Promoción y Desarrollo de las Pequeñas y Medianas empresas

El Ministerio de Economía, a través de la Viceministro de Desarrollo de la Microempresa, Pequeña y Mediana Empresa, pretende posibilitar medidas y acciones que permitan favorecer el proceso de desarrollo económico-social en el marco del fortalecimiento al proceso democrático y cumplimiento a los acuerdos de Paz. En un ambiente de productividad y competitividad, como bases al fortalecimiento e incorporación del sector de la MIPYMES en el proceso y desarrollo de Guatemala.

El Viceministerio de Desarrollo de la Micro Pequeña y Mediana Empresa, es el encargado de facilitar el desarrollo competitivo de este sector. Sus tareas principales consisten en:

1. Establecer políticas de desarrollo competitivo y contribuir a monitorear las políticas económicas que afecte al sector.
2. Evaluar programas públicos de desarrollo competitivo de acuerdo con la política sectorial.
3. Propiciar y gestionar la canalización de recursos nacionales e internacionales, financieros y técnicos para el desarrollo competitivo del sector.
4. Favorecer y facilitar el desarrollo de mercados y servicios financieros y técnico-empresariales para el sector.

Se pretende dar continuidad a las acciones encaminadas en materia de atención a la MIPYMEs, puesto que las necesidades del dicho sector aumentan, en la medida que damos paso a la apertura del mercado global, teniendo como propósito y objetivo fundamental, apoyar efectiva y eficientemente a los protagonistas del crecimiento económico, los propietarios de microempresa, pequeñas y medianas, con quienes se podrán mejorar las tasas e índices de crecimiento en mejorar las condiciones de vida del guatemalteco, la creación de empleo y el desarrollo tecnológico y competitivo procurando la sostenibilidad de las microeconomías del sector.

La función del Viceministerio actualmente busca concretarse en las acciones encaminadas a desarrollar los componentes de los programas establecidos por el Viceministerio, tales como la facilitación en el otorgamiento de créditos productivos, la formación en desarrollo empresarial, la formación en desarrollo de mercados nacionales e internacionales y la atención de la asociatividad y agremiación. Dichos componentes, deben atenderse en el marco de política orientada a la sistematización, tecnificación, promoción comercial nacional e internacional, cooperación interinstitucional y multiparticipación.

El Viceministerio se sustenta en tres actividades

- A- Asistencia Crediticia
- B- Capacitación
- C- Competitividad y comercialización.

Asistencia Crediticia

Se han dirigido políticas derivadas de la necesidad de combate a la pobreza, el desempleo masivo, estimular la producción y la productividad, a través de las acciones realizadas desde el inicio del Programa Nacional de Promoción de las MIPYMEs. A la fecha en este rubro se han otorgado alrededor de US\$ 31 millones a diferentes entidades de servicios financieros.

Capacitación y Asistencia Técnica

Los servicios de carácter técnico empresarial se han orientado a incrementar la capacidad de gestión de los propietarios de microempresas y pequeñas empresas, y crear el ambiente de negocios que permita el crecimiento y evolución de las empresas hacia esquemas que les permitan mantenerse en el mercado local y su ingreso a mercados internacionales.

En los proyectos de capacitación y asistencia técnica entre los años 2000 y 2002, se ha otorgado US\$ 300 mil, Los eventos abarcan diversidad de temas, dependiendo de la actividad a la que se dedica el empresario, se han impartido cursos administrativos y técnicos en las siguientes áreas: Planificación Operativa, Gerencia Administrativa, Asesoría en Beneficiado Húmedo, Administración Básica, Costos de Producción, Comercialización, Atención y Servicio al Cliente, Negociación Gana-Gana, Gestión de Mercadeo, Bordado a Máquina, Administración de proyectos, Contabilidad, Asesoría Post-Beneficiado, Asesoría Fiscal, Deshuesado de aves, Repostería, Agremiación, diseño y patronaje, Corte y confección, etc.

Se espera que en el futuro se puedan coordinar de mejor forma las actividades provenientes de las políticas de promoción de la competencia y de desarrollo de las MIPYMEs, en la medida en que se vayan sedimentando y formalizando legalmente las políticas de competencia. Queda por resolverse el problema de armonizar las acciones y beneficios mutuos que puedan esperarse de incluir consideraciones de desarrollo de las MIPYMEs en el diseño de los instrumentos de promoción de la competencia.

Section 1

Power point presentations

- 1.A. Adverse effects of international cartels on developing countries:
limits of domestic competition legislation 67
Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, former Minister of Justice, Brazil
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200381a.ppt>
1. B. Adverse effects of international cartels on developing countries:
limits of domestic competition legislations 68
François Souty, Competition Council, France
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200381b.ppt>
1. C. Vertical restraints, abuse of dominance and mega-mergers in sectors
of relevance to developing countries 69
Patrick Krauskopf, Swiss Competition Authority
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200381c.ppt>
1. D. Challenges of implementing a competition regime in a small developing
countries: Barbados 70
*Michelle Goddard, Chief Executive Officer, Fair Trading Commission,
Bardados*
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200381d.ppt>
1. E. La Política de Competencia y la Promoción de las PYMES en Guatemala 71
Guido Rodas, Vice Minister, Ministry of Economy, Guatemala.
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200381e.ppt>

Section II. Bilateral and Plurilateral Agreements on Competition

2.1. Comércio internacional e desenvolvimento

Calixto Salomão Filho
Universidade de São Paulo. Brasil

I – Introdução

O presente ensaio tem pretensões muito limitadas. A intenção é apenas identificar a relação entre comércio internacional e desenvolvimento do ponto de vista histórico e teórico para, em seguida, individualizar brevemente (e sem possibilidade de aprofundamento) os principais instrumentos jurídicos capazes de fazer do comércio internacional um instrumento de desenvolvimento.

II – A relação entre comércio internacional e desenvolvimento

A análise desse tema na história é necessária e reveladora. O tratamento do comércio internacional como questão de Estado, particularmente relevante para o bem estar e desenvolvimento de cada nação, é uma constante.

Na Antigüidade, são conhecidas as passagens que dão conta da importância estratégica do comércio com as colônias – especialmente em Roma.

Na Idade Média, o comércio e a produção para o comércio são verdadeiros centros propulsores do desenvolvimento das Cidades-Estado. A ponto de permitir a transferência para as corporações – responsáveis pela produção – de grande parte dos poderes políticos nas Cidades-Estado¹.

Sem solução de continuidade, chega-se ao mercantilismo, em que o comércio internacional torna-se a razão de ser do próprio Estado. Não é possível pensar em desenvolvimento interno sem comércio internacional. A ânsia desenvolvimentista manifesta-se em vultuosos investimentos representados pelas empresas coloniais. Tudo na busca de fontes de matéria prima e de novos mercados consumidores, i. e., na busca da ampliação do comércio internacional².

Solução de continuidade tampouco ocorrerá com a Revolução Industrial, entendida como movimento econômico que vê na mudança do estado da técnica produtiva o principal fator de desenvolvimento econômico. Esta só se estabelece como padrão econômico mundial quando, ao final da Guerra dos Sete Anos, a Inglaterra consolida sua hegemonia no comércio internacional³.

A partir de então ela aproveitará de sua vantagem relativa em matéria de evolução do estado da técnica para obter os máximos ganhos possíveis do comércio internacional. Serão então estes a dar grande parte do impulso desenvolvimentista desta nação. É exatamente o fato de ter uma vantagem relativa no comércio internacional – consistente no

¹M. Weber, *General economic history*, London, George Allen Unwin Ltd., 1923, p. 141-142.

² Nesse sentido, v. F. Galgano: “Ciò che muove l'intento regolatore dello Stato è l'interesse politico (anche se convergente con l'interesse economico della classe mercantile) ad accrescere la potenza finanziaria dello Stato (e gli agi delle classi dominanti) e, poiché ciò essenzialmente dipende dal gettito fiscale, l'interesse ad espandere la vita economica, a sviluppare i traffici, a moltiplicare il volume della produzione nazionale e, soprattutto, il volume delle esportazioni, giacché opera *la tendenza a considerare il profitto del commercio internazionale come la sola vera fonte di eccedenza, e quindi come la sola fonte sia dell'accumulazione che delle rendite statali*” (*Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 59).

³ Com o Tratado de Paris de 1763, que põe fim à Guerra dos Sete Anos, confirma-se o domínio inglês sobre o comércio internacional, o que permite a esse país impor seu modelo desenvolvimentista nas relações comerciais internacionais – cfr. P. Bonfante *Storia del commercio*, 2ª edição, Torino, G. Giappichelli, 1936, p. 108 e ss.

maior valor de troca dos bens por ela produzidos – que faz com que esse país possa manter-se à frente dos demais em matéria de desenvolvimento até o final do século XIX.

Dada essa vantagem inicial, não é tampouco um acaso que a partir de então todos os casos vitoriosos de desenvolvimento econômico derivem (ao menos no momento inicial) de circunstâncias excepcionais ou da criação de um fortíssimo mercado interno decorrente de circunstâncias históricas específicas (como é o caso dos EUA no final do século XIX) ou de imensas subvenções estatais ou internacionais para o desenvolvimento (como é o caso da Alemanha e do Japão no imediato pós-guerra). Dado o passo inicial, essas nações brevemente se ombrearão à Inglaterra e França na dianteira do desenvolvimento industrial, podendo então também beneficiar-se do comércio internacional.

O comércio internacional deixa então de ser um instrumento de desenvolvimento, não por sua ineficácia, mas porque diversas nações (EUA, Japão, Alemanha) por circunstâncias históricas diversas, conseguem nele prevalecer. O comércio internacional torna-se, então, instrumento de desenvolvimento para alguns – e de subdesenvolvimento para outros – portanto uma fonte importante de desequilíbrios regionais.

Como a evolução histórica parece demonstrar, isso se deve, mais do que tudo, à criação de condições de concorrência absolutamente desiguais entre Estados por força de circunstâncias históricas específicas.

A apresentação da questão em termos concorrenciais não é mera retórica. Como se verá a seguir, permite pôr a questão em termos teóricos próprios, reduzindo a carga normalmente ideológica desse tipo de discussão.

II – A discussão teórica

A discussão teórica da questão do desenvolvimento econômico se faz normalmente em termos econômicos e, com frequência, também ideológicos.

A escola que hoje indiscutivelmente prevalece na cena internacional influenciando doutrina, governos e organismos internacionais é a chamada escola institucionalista econômica, que tem como figura de maior destaque D. North, ganhador do prêmio Nobel de Economia. Segundo North e seus seguidores as diferentes fases de desenvolvimento de cada nação são determinadas pelos respectivos desenvolvimentos das instituições⁴. Assim sendo, basta aos países subdesenvolvidos adaptarem suas instituições aos padrões do primeiro mundo para atingirem o desenvolvimento. Nesse quadro, o comércio internacional pouca ou nenhuma influência teria sobre o desenvolvimento relativo dos países. O caminho está aberto então para os defensores de um comércio internacional absolutamente livre e destacado de qualquer preocupação com o desenvolvimento, que deve perseguir apenas os ideais smithianos de livre comércio. Não por acaso, então, os mesmos organismos (FMI, Banco Mundial) que sugerem aos países modificações institucionais, de modo a moldar suas instituições às dos países desenvolvidos são os grandes propugnadores de um comércio internacional absolutamente livre.

De outro lado, muito influente sobretudo no ambiente latino americano nos anos 60 e 70 está a teoria estruturalista cepalina. Muito mais apegada à realidade histórica, procura demonstrar as diferenças estruturais entre as economias subdesenvolvidas e desenvolvidas, relacionando tais diferenças a fatos históricos específicos e em particular à influência condicionante que o comércio internacional e o sistema de trocas desiguais tiveram para o

⁴ Cfr. D. North, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

desenvolvimento dos vários países⁵. As políticas por eles sugeridas, sobretudo no sentido da busca de desenvolvimento econômico por meio da promoção do mercado interno, vista como solução quase única em face de um sistema internacional de trocas estruturalmente desigual, foram muito úteis para o desenvolvimento dos países latino americanos, sobretudo o Brasil, naquele período.

Exaurido o sistema pelo esgotamento dos mercados internos, devido sobretudo à falta de políticas de redistribuição de renda que permitissem a ampliação contínua dos mercados internos, a teoria fica exposta a críticas, sobretudo dos teóricos ligados às idéias institucionalistas, que afirmam ser exatamente o receituário estruturalista o mais infenso a permitir mudanças institucionais.

Com a realidade de internacionalização dos mercados e com o enorme aumento da velocidade das mudanças tecnológicas, é preciso rever a disputa acadêmica entre estruturalistas e institucionalistas. De um lado a simples desconsideração da realidade histórica por parte dos institucionalistas os faz ignorar a enorme e constante influência do comércio internacional sobre o desenvolvimento. De outro, os estruturalistas, extremamente precisos e exatos nas análises das razões para o subdesenvolvimento, apresentam um receituário corretivo insuficiente.

É imperioso a qualquer país que hoje queira se desenvolver acostar ao desenvolvimento do mercado interno (e à necessária distribuição de renda para tanto) uma correta inserção no mercado internacional.

Ocorre que para fazê-lo é necessário distinguir as bases jurídicas dessas relações. No fim das contas o comércio internacional assenta-se sobre bases jurídicas, sobre valores que devem orientar a relação entre esses países. É, portanto, na correta compreensão dessa principiologia jurídica – mesmo que ainda não bem aplicada nos tratados internacionais sobre comércio – que está a possibilidade de elaborar uma teoria que permita inserir o comércio internacional nos objetivos desenvolvimentistas de cada país.

Ora, a teoria jurídica do comércio internacional – a um só tempo racional e única capaz de colocá-lo sobre bases isonômicas – é a teoria concorrencial. Segundo ela, o comércio global nada mais é que um grande sistema de concorrência entre países, e as regras que o disciplinam são exatamente regras que visam a garantir a igualdade de condições entre os países.

⁵ Dentre as várias criações do pensamento cepalino destacam-se as obras de R. Prebisch e C. Furtado, respectivamente do primeiro “O desenvolvimento econômico na América Latina e alguns de seus problemas principais” in *Cinqüenta anos de pensamento na CEPAL*, Rio de Janeiro, Record, 2000, p. 69 e do último “Desenvolvimento e subdesenvolvimento”, in *Cinqüenta anos de pensamento na CEPAL*, cit, p. 239 e o clássico *Formação econômica do Brasil*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1986. Por trás da análise histórica extremamente acurada e crítica e da correta percepção dos entraves estruturais do desenvolvimento, Furtado desenvolve um determinismo que marcará sua obra. Convencido da impossibilidade de superar os determinantes internacionais do subdesenvolvimento, Furtado desenvolve um certo pessimismo, parecendo atribuir um eterna função periférica às nações não beneficiadas pelo sistema internacional de trocas. A Escola histórico estrutural, ainda que seguindo a sorte da teoria econômica do desenvolvimento em geral, tenha sido preterida no meio acadêmico econômico (inclusive brasileiro) em prol da teoria neoclássica (e suas variações), fez seguidores de peso. Apenas para mencionar dois discípulos diretos de Furtado cfr. M. Conceição Tavares, *Acumulação de capital e industrialização no Brasil*, Campinas, Editora Unicamp, 1974 e J. M. Cardoso de Mello, *O capitalismo tardio*, São Paulo, Brasiliense, 1982. Esses dois últimos autores reforçam o papel da evolução histórica interna das forças de poder no processo de desenvolvimento (ou subdesenvolvimento) econômico.

Visto dessa maneira o comércio internacional, a polêmica institucionalistas – estruturalistas nada mais é que a tradição, em termos macroeconômicos, da tradicional polêmica entre estruturalistas⁶ e neoclássicos em matéria antitruste.

Isso significa também que os principais institutos jurídicos do comércio internacional podem – e devem ser revistos – em termos dos grandes pilares do direito da concorrência – controle estrutural e comportamental.

A própria estrutura do Acordo da OMC de 1994 é bastante sugestiva nesse sentido. Distingue, com efeito, entre as exceções estruturais, que prevêm a possibilidade de subtrair permanentemente à aplicação dos Acordos OMC (como é o caso dos acordos regionais e aqueles a favor das nações em desenvolvimento) e exceções temporárias, que são as demais⁷.

São exatamente esses dois grupos de exceções a permitir uma compreensão do comércio internacional a partir da idéia de igualdade material de condições de concorrência, pressuposto necessário para que este se transforme em instrumento de desenvolvimento e não de desequilíbrio internacional.

Essa última observação deve ser antes de tudo aprofundada. Afirmar que concorrência induz desenvolvimento⁸ não significa dizer que a concorrência é o único valor que pode levar a esse objetivo econômico. Significa, no entanto, e isso é válido particularmente para o comércio internacional, que a idéia de concorrência, proporcionando os meios para a obtenção de igualdade material entre os Estados, cria condições de desenvolvimento não só por causar equilíbrio mas também por permitir a reinserção do comércio internacional dentro das políticas de Estado, o que é, como visto, sua vocação histórica. É exatamente a busca pelo reequilíbrio, típicas das preocupações concorrenciais, que permite essa reinserção ativa do Estado como promotor e incentivador do comércio internacional.

III – Os instrumentos desenvolvimentistas do comércio internacional

Sobre essas premissas é possível passar a elencar e muito rapidamente analisar os instrumentos desenvolvimentistas do comércio internacional. Serão eles divididos, segundo a lógica concorrencial há pouco mencionada, em medidas estruturais e comportamentais.

Medidas estruturais

a) Os blocos regionais

Entre os instrumentos estruturais de promoção desenvolvimentista do comércio internacional destaca-se, inicialmente, a formação de blocos regionais, desde que certas condições sejam preenchidas.

O fator positivo da integração regional está exatamente na ampliação do comércio entre regiões onde vigem condições econômicas e sociais semelhantes. Faz prever portanto que, estabelecidas regras uniformes de concorrência, haverá efetiva igualdade de condições jurídicas e macroeconômicas de atuação no mercado. Pode-se prever, portanto, um sistema comercial de trocas equivalentes ou não desiguais.

⁶ A relação involuntária entre estruturalistas cepalinos e estruturalistas harvardianos já foi destacada alhures – cfr. C. Salomão Filho, “Regulação e desenvolvimento” in C. Salomão Filho (org.) *Regulação e desenvolvimento*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 45.

⁷ Cfr. nesse sentido P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell’organizzazione mondiale del commercio*, Padova, CEDAM, 2002, p. 296.

⁸ O que já foi feito em outra sede – cfr. C. Salomão Filho, “Regulação e desenvolvimento”, cit. p. 47 e ss.

Os efeitos dessas estruturas sobre o desenvolvimento econômico dos países membros é evidente. Em primeiro lugar, ampliando o mercado (relevante) incentivam o desenvolvimento do parque industrial próprio de cada país. Mas mais do que isso. Desde que acompanhada de uma correta política de desenvolvimento tecnológico e de transferência de tecnologia dos países industrializados permite o aumento do investimento fundado em desenvolvimento tecnológico. Isso por dois motivos: em primeiro lugar por proporcionar mercado ampliado às empresas dispostas a investir em tecnologia (e, portanto, retornos de investimentos tecnológicos potencialmente maiores e mais rápidos). De outro, exatamente por se dar em economias em estágio de desenvolvimento semelhante não implica riscos de destruição do parque industrial em decorrência de diferenças tecnológicas historicamente determinadas e insuperáveis sem medidas estruturais duradouras.

Enfim, há uma terceira influência bastante positiva sobre o processo de desenvolvimento econômico. Trata-se da influência sobre o mercado de trabalho. A semelhança de condições macroeconômicas significa de um lado que o processo de integração não implicará perda de emprego e, portanto, exclusão social, mas sim provavelmente aumento dos postos de trabalho, em função da ampliação do mercado. De outro, em mercados comuns com países membros dotados de semelhanças macroeconômicas, as chamadas cláusulas sociais, tão discutidas em matéria de comércio internacional⁹ são de aplicação muito mais viáveis. Estabelecer requisitos comuns para segurança no trabalho é possível, sem criar entraves ao desenvolvimento econômico ou aprofundar condições iníquas de comércio internacional (como pode ocorrer nas relações comerciais entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos).

Não por acaso, portanto, em vista de todas essas vantagens mesmo o Acordo OMC com sua filosofia (neo) liberal e liberalizante, reconhece ainda, a possibilidade de estabelecimentos de zona de livre comércio (uniões aduaneiras).

A nova versão de Marrakesh do artigo XXIV estabelece, no entanto, ao contrário do que estabelecia o artigo XXIV n. 3 do Acordo GATT 1947 que essas estruturas não podem significar novas restrições a terceiros Estados, mas só benefícios aos Estados membros, o que sem dúvida afeta bastante a capacidade, necessária sobretudo nos Mercados Comuns, de estabelecer uma política comercial externa comum para os Estados membros.

a.1) Mercosul

Para que os efeitos desenvolvimentistas acima discutidos se produzam é, no entanto, necessário que, dentro do Mercado Comum do Sul crie-se um verdadeiro espaço econômico comum do ponto de vista jurídico, já que do ponto de vista macroeconômico as semelhanças talvez nunca tenham sido tão realçadas.

Mas quais são as regras que permitem afirmar a existência dessas precondições jurídicas para a formação de um mercado único?

Parece óbvio que é fundamental assegurar condições concorrenciais em dois níveis diversos. Por um lado, é necessário garantir a segurança formal, i.e. que a concorrência seja leal e permanente. Por outro lado também precisam ser asseguradas as condições de concorrência no sentido material. Isso exige o estabelecimento de equilíbrio em relação a todas as normas sobre produção, estocagem, distribuição e venda, que podem influenciar significativamente as condições concorrenciais. Aí vão dois exemplos: regras de proteção ao

⁹ Cfr. a respeito A. Amaral Jr., "Cláusula social: um tema em debate" in *Revista de Informação Legislativa* 141 (1999) p. 120-141, e a respeito das cláusulas sociais nos mercados comuns C. Salomão Filho, "O Mercosul como modelo de regulação do mercado" in J. G. Rodas, *Contratos internacionais*, 3ª edição, São Paulo, RT, 2002, p. 422 e ss.

consumidor e regras sobre condições de trabalho. Níveis de proteção disformes em relação ao consumidor e aos trabalhadores resultam em condições produtivas e concorrenciais disformes entre os Estados-parte. Eis o motivo primordial da necessidade de elaboração de princípios conjuntos em relação a essas regras para o estabelecimento de condições concorrenciais reais e uniformes.

Ocorre que, no momento, ao invés de estabelecer princípios básicos, fortemente institucionais, que pautem toda a elaboração legislativa, a legislação do Mercosul, tanto da concorrência quanto do consumidor, procura ser detalhista. Procura mais do que harmonizar, unificar as legislações. Ao fazê-lo torna-se excessivo para países que não dispõem da regulação. Para países que já possuem diplomas sobre o assunto – como por exemplo o Brasil – revela-se muito permissiva ou lacunosa. Sua aplicabilidade e efetividade torna-se, então, mais remota e sua eficácia – como elemento regulamentador de mercado – é fortemente diminuída¹⁰.

Há falta de um sem número de regras comuns, pelas quais o livre mercado poderia ser vinculado a questões éticas e sociais. O debate sobre tais regras ainda deverá ocorrer no processo de integração regional. Da mesma forma como as regras concorrenciais, elas também são importantes para a implementação de uma regulamentação comum do mercado para todos os empreendimentos e a criação de um real mercado comum.

Somente uma regulamentação econômica nesses moldes tem o potencial de garantir o autocontrole do mercado. De acordo com a definição de “concorrência” ora empregada¹¹, o autocontrole do mercado implica assegurar condições formais e materiais de concorrência por meio de certas regras de proteção à concorrência no sentido formal e material. Essas regras mínimas permitiriam ao mercado e aos agentes privados impulsionar o processo de integração diminuindo a necessidade de criação de instituições supra nacionais pelos Estados-partes.

E é, na verdade, nessas expectativas de integração real que residem, pelas razões vistas, as maiores possibilidades de desenvolvimento.

a.2) Alca

Por todo o exposto, parece claro que uma Zona de Livre Comércio¹², na forma como vem sendo estruturada a Alca, dentro dos limitados moldes do Acordo OMC de Marrakesh, tem limitadas possibilidades de influenciar o desenvolvimento.

De um lado, realizar-se-á entre países de desenvolvimento relativo absolutamente diverso e que têm, portanto, condições absolutamente desiguais de concorrência.

De outro, tratando-se de um típico acordo para a criação de Zona de Livre Comércio consistirá, na verdade, em uma pura e simples negociação por liberação comercial setorial nos moldes do Acordo OMC.

Assim, muito mais que considerações desenvolvimentistas de ordem geral, não cabíveis por não aplicáveis, serão relevantes na sua negociação considerações de política

¹⁰ V., nesse sentido, C. Salomão Filho, “O Mercosul como modelo de regulação do mercado”, cit., p. 423 e 424.

¹¹ Para uma exposição mais detalhada, cf. Calixto Salomão Filho, *Regulação da Atividade Econômica*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 29 e ss.

¹² Para a distinção entre Mercado Comum, União Aduaneira e Zona de Livre Comércio cfr. C. L. Marques, “Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul – primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor”, in RDC 23-24 (1997), p. 83; e J. A. Denot Medeiros, “Mercosul: quadro normativo e institucional Pós-Ouro Preto”, BILA 16 (1995), p. 1-17.

industrial para cada setor envolvido. É, aliás, a ligação da política industrial setorial ao comércio exterior que se dedicará o próximo tópico.

b) Comércio exterior e política industrial interna

A interação entre política industrial e princípios concorrenciais é, hoje, um dado de fato. Mesmo entendido, como deve ser, sob uma perspectiva institucional, o direito antitruste convive com a política industrial, admitindo-se exceções àquele por imperativos desta (especialmente em matéria de controle das estruturas).

De outro lado, a interação entre política industrial interna – mesmo quando relacionada ao comércio internacional – e desenvolvimento é cada vez mais reconhecida. A tendência hoje prevalente em matéria de teorias desenvolvimentistas das relações internacionais defende ser o direito ao desenvolvimento não só um direito aplicado aos países subdesenvolvidos mas também aos cidadãos desses países, bem aos moldes das modernas teorias sobre direitos humanos no campo internacional¹³. Assim, os países subdesenvolvidos não seriam apenas titulares de direitos (ou expectativas) em relação aos países desenvolvidos mas também teriam obrigações em relação a seus cidadãos, consistentes exatamente em políticas que permitam fazer com que o desenvolvimento satisfaça as necessidades mínimas, sobretudo dos grupos menos favorecidos.

Assim, na perspectiva desenvolvimentista moderna a visão do comércio exterior do ponto de vista da política industrial e agrícola se impõe como maneira de direcioná-la à melhoria das condições de vida dos indivíduos.

b.1) Política de exportações

Evidentemente, quando se fala em política de exportações como instrumento de política econômica no comércio internacional, a primeira coisa que vem à mente é uma política de subsídios às exportações, o que traz à baila também a discussão sobre políticas antidumping.

Aqui não é possível dar ao tema o aprofundamento que mereceria. O que se pretende é apenas inseri-lo na perspectiva desenvolvimentista.

Para tanto, é preciso ainda mais uma vez utilizar princípios concorrenciais. Fica claro então que o subsídio pode e deve ser admitido desde que sirva para reequilibrar situações de comércio desiguais. Entre elas deve-se incluir, particularmente para os países subdesenvolvidos, as condições financeiras e de crédito. Não é possível afirmar, com efeito, que existam condições equivalentes de concorrência quando empresas de diferentes países estão diante de condições de crédito absolutamente diversas, e empresas de determinados países não têm acesso ao crédito internacional. Nesse caso é e deve ser totalmente admissível o auxílio por bancos de fomento estatal¹⁴.

¹³ Cfr. entre outros P. T. Muchlinski, “Basic needs – theory and development law” in F. Snyder, P. Slinn International Law of Development, comparative perspectives, Abingdon, Professional Books, 1987, p. 237 (240).

¹⁴ O apoio do governo brasileiro, por meio do Programa de Financiamento às Exportações (Proex) à estratégia de exportação de jatos regionais pela Embraer originou, em 1996, o contencioso Brasil – Canadá sobre exportação de aeronaves civis. Nesse ano, o Canadá apresentou um primeiro pedido formal de consultas ao Brasil por meio do mecanismo de solução de controvérsias da OMC. Baseando-se no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, o Canadá denunciou o programa de financiamento do governo brasileiro como subsídio proibido, exigindo, portanto, sua extinção. Os argumentos apresentados pelo Brasil fundaram-se, em resumo, na justificativa de que o Proex não caracterizava subsídio proibido, mas sim medida niveladora das condições de concorrência da Embraer no mercado externo. Do ponto de vista jurídico, foram três os principais argumentos apresentados para a defesa dessa tese: (i) com base na letra K da Lista Ilustrativa anexa ao Acordo de Subsídios, o Proex não conferia uma “vantagem substancial” (*material advantage*) em benefício do comprador; (ii) a equalização aplicada pelo Proex estaria amparada pelo artigo 27.4 do Acordo de Subsídios; e

De outra parte, as regras sobre medidas anti-dumping tornam-se cada vez mais objeto de crítica. Mesmo em uma perspectiva geral, não desenvolvimentista, as regras anti-dumping são exceção e vistas como limitadoras da concorrência, exatamente por irem além da mera punição a preços predatórios, transformando-se em verdadeiros instrumentos de proteção industrial, sobretudo para os países desenvolvidos¹⁵.

Na prática, desde a entrada em vigor do Acordo OMC de 1994, que tornou a aplicação de tais medidas mais severa, transformaram-se as mesmas no grande instrumento de proteção industrial dos países desenvolvidos contra a indústria e agricultura dos países em desenvolvimento¹⁶.

Em ausência de tratamento diferenciado em matéria anti-dumping para os países em desenvolvimento – o que é imperioso em termos concorrenciais, dadas as dificuldades relativas de sua indústria – as regras anti-dumping transformaram-se em poderoso instrumento, capaz de anular completamente as – já poucas – vantagens concedidas pelo Acordo OMC aos países em desenvolvimento. Ou seja, as vantagens no estabelecimento de regras protetivas para as “baby industries” dos países subdesenvolvidos, que compõem um capítulo à parte do Acordo OMC¹⁷, acabam por indiretamente se estender, sem princípio e sem razão, aos países em desenvolvimento, via legislação anti-dumping. Impõe-se, portanto, como estratégia fundamental de desenvolvimento para os países subdesenvolvidos propugnar por uma revisão do Acordo Anti-dumping da OMC¹⁸.

b.2) Regras protetivas da indústria

Ao contrário do que foi dito acima para os países desenvolvidos, para os subdesenvolvidos deve haver não só uma política de exportação como também grau suficiente de proteção industrial, que permita criar condições concorrenciais uniformes entre a indústria estrangeira e a indústria local.

Note-se bem, na perspectiva concorrencial, o que se justifica é apenas nível de proteção suficiente para igualar materialmente (e não apenas do ponto de vista formal) as condições de concorrência. De resto, também aqui esta é regra bastante próxima da idéia desenvolvimentista já que é capaz de permitir proteger determinado setor, preservando o emprego, sem de outro lado estimular a verdadeira preguiça tecnológica e indisposição para transformações típicas das indústrias não sujeitas à concorrência.

(iii) o momento em que poderia ser identificado o possível subsídio do Proex, se no momento da emissão, pelo Banco do Brasil, da “carta de compromisso”, que garantia o apoio do Proex à operação de venda, ou após a entrega da aeronave. Se vinculado à primeira hipótese, a suspensão do programa não afetaria os contratos já firmados para entrega futura de aeronaves (V., para maiores detalhes, V. C. Leão, “O contencioso comercial Brasil-Canadá – impasses e trajetória diplomática”, in A. Amaral Júnior (coordenador), *OMC e o comércio internacional*, São Paulo, Aduaneiras, 2002, p. 285 e ss.). Sobre a estratégia que consolidou a Embraer como uma das grandes empresas mundiais de jatos e o papel fundamental do apoio governamental para o seu sucesso, v. o interessante estudo da UNCTAD que destaca a Embraer como exemplo de competitividade para empresas de países emergentes: J. E. Cassiolato, R. Bernardes, H. Lastres, *Transfer of technology for successful integration into the global economy – a case study of Embraer in Brazil*, United Nations, New York and Geneva, 2002.

¹⁵ Cfr. as críticas contidas no relatório da United Nations Conference on Trade and Development, “Anti-Dumping and Countervailing Procedures – use or abuse? Implications for developing countries”, in *Policy Issues in International Trade and Commodities*, Study Series n. 9, Genebra, United Nations, 2001, p. 14.

¹⁶ Os dados do relatório citado na nota anterior demonstram que desde então países em desenvolvimento, especialmente Argentina, Brasil, África do Sul e Índia tornaram-se os principais alvos de processos anti-dumping na OMC – cfr. p. 4.

¹⁷ Como exemplo dessas regras podem-se destacar, dentre outras, as regras especiais – e mais permissivas – sobre subsídios contidas no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (1994), artigo 27. 2 (a) e 27. 3.

¹⁸ Ver as interessantes sugestões de modificação do relatório citado, p. 20 e ss.

Evidentemente, incluindo na idéia de criação de condições equânimes de concorrência as diferenças macroeconômicas entre os países e sua respectiva influência sobre a indústria, bem como todas as variáveis que podem influir sobre o desempenho da indústria (taxa de juros real, acesso ao mercado de crédito etc), cria-se um razoável grau de proteção reequilibradora. O limite a esta proteção, ainda dentro de um raciocínio concorrencial está na não criação de barreiras absolutas à entrada de produtos estrangeiros; monopolização da indústria nacional e conseqüente entrave do desenvolvimento e progresso tecnológico (características típicas dos monopólios) e efeitos inflacionários sobre os preços do setor.

Impõe-se, então, uma fina análise concorrencial do comércio internacional, que envolve definição de mercados relevantes e projeções de preços. Trata-se de prática raramente adotada nos contenciosos OMC.

Mas não apenas isso. O Acordo OMC de 1994, ao contrário do anterior, não reconhece regras diferenciadas para os países em desenvolvimento no caso das salvaguardas¹⁹. O Acordo sobre salvaguardas prevê apenas prazos um pouco mais longos (artigo 92) e a possibilidade de reimposição por um período maior de salvaguardas, o que não é permitido aos demais países. A evidente insuficiência desses benefícios para os países em desenvolvimento em face do montante dos desequilíbrios entre estes e os países desenvolvidos só faz realçar a importância dos mercados comuns (Mercosul) como formas indiretas de proteção – que se daria seja diretamente por meio de tarifas externas comuns protetivas, ou então, dados os limites do existente Acordo OMC a estas, indiretamente, em função do maior grau de auto-suficiência de que se revestem os países membros de um mercado comum alargado.

Medidas comportamentais

No campo dos comportamentos, a ordem econômica internacional e as relações comerciais internacionais apresentam problemas talvez ainda mais complexos que no campo das estruturas.

A característica típica e marcante das relações comerciais dos últimos 30 anos é, sem dúvida, a dependência tecnológica.

Cria um clima de forte desigualdade entre as partes contratantes, ao qual o direito deve fazer frente, de modo a permitir a paridade de condições de concorrência.

¹⁹ O Acordo GATT de 1947 em si pouco ou nada tinha de protetivo para os países em desenvolvimento. Ocorre que a partir dos anos 60 e sobretudo nos anos 70, como esforço da união dos países em desenvolvimento e as disputas dos países desenvolvidos, ganham força a UNCTAD e dentro dela as teses estruturalistas. Isso culmina com ganhos efetivos para países em desenvolvimento nas negociações da Tokyo Round (1973-1979). Nela e nos acordos que a sucederam os países em desenvolvimento são beneficiados por dois princípios: o da não reciprocidade e o das preferências aduaneiras. Em especial esse último importa benefícios relevantes para os países em desenvolvimento, aos quais por meio de tratados específicos são concedidas tarifas mais reduzidas pelos países desenvolvidos.

A partir da Uruguay Round de 1994 a filosofia muda completamente. O Acordo OMC de 1994 de filosofia fortemente neoliberal, ainda que não revogue expressamente os princípios acima (que não estavam contidos no Acordo GATT de 1947, mas sim em acordos bilaterais paralelos firmados em conseqüência) traz princípios liberais a ele opostos. Na sua recente aplicação os princípios acima tiveram sua aplicação fortemente limitada, primeiro por meio do Acordo sobre Agricultura e do Acordo sobre Produtos Têxteis – ambos no fundo prejudiciais aos países em desenvolvimento – e segundo por meio da redução do conceito de países em desenvolvimento e das preferências a eles relacionados aos chamados países menos avançados (conceito definido pela ONU e que inclui 40 países, na sua maioria da África e Ásia Ocidental e nenhum país da América Latina) – v. para o histórico crítico dessa evolução a interessante descrição de P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 449-474.

Para tanto, serão analisados a seguir muito brevemente os principais princípios e algumas regras relevantes do Acordo TRIPS, para em seguida tentar individualizar algumas soluções que possam dar maior equilíbrio ao sistema, em alguns casos previstos no Acordo TRIPS e, em outros, derivados de princípios gerais orientadores da ordem econômica internacional.

a) Acordo TRIPS

A filosofia do Acordo TRIPS firmado em Marrakesh em 15 de abril de 1994 insere-se plenamente na filosofia neoliberal do conjunto de Acordos OMC firmados àquele tempo.

Esta filosofia, como bem sabido, nada tem a ver com o estabelecimento de padrões equânimes de concorrência, mas sim com a absoluta liberdade para que o poder econômico possa prevalecer e as grandes estruturas possam – pretensamente – criar eficiências²⁰. No plano internacional, o Acordo TRIPS faz muito mais. Em nome da defesa do poder econômico, i. e., para proteger os direitos de propriedade intelectual (principalmente dos países de primeiro mundo) põe em xeque até mesmo a filosofia (pretensamente liberalizante) do Acordo OMC e limita, efetivamente, como se verá, em muitos casos, o livre comércio de mercadorias ou serviços. Ao fazê-lo, aumenta a dependência tecnológica dos países em desenvolvimento.

O Acordo é estruturado em princípios e regras. Dentre os primeiros, dois destacam-se como os mais importantes: os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida (artigo 4º). Esses princípios devem ser bem entendidos. O primeiro, do tratamento nacional, impõe o tratamento das pessoas e das empresas estrangeiras não inferior ao tratamento das pessoas e das empresas nacionais e o segundo, da nação mais favorecida, impõe a extensão a todas as partes contratantes do tratamento mais favorecido estabelecido em relação a um ou mais países.

Vistos isoladamente, parecem objetivar apenas estabelecer regras de equilíbrio formal entre os participantes. Ocorre que a eles se encaixam regras materiais do tratado que, sucessivamente introduzidas nos ordenamentos internos para compatibilizá-los ao tratado, alteram por completo muitas das proteções industriais e sociais, sobretudo dos países em desenvolvimento.

Assim, por exemplo a substancial redução do número de produtos não patenteáveis e, em particular a exclusão dos medicamentos dessa lista, em conseqüência da fortíssima pressão da indústria farmacêutica dos países desenvolvidos. Além disso, a título exemplificativo, podem ser citados os dispositivos que prevêm prazos bastante longos para os privilégios de patentes (o artigo 33 prevê 20 dias enquanto o comum na América Latina sempre foram prazos inferiores a 10 anos) e regras rigorosas e restritivas para o licenciamento de patentes (artigo 21).

Todo esse quadro se mostra fortemente protetivo da tecnologia do mundo desenvolvido, reforçando de outro lado a dependência dos países em desenvolvimento.

b) Visão concorrencial do comércio internacional aplicada às patentes

Evidentemente se faz necessária uma completa revisão, ou ao menos reinterpretção, no âmbito do comércio internacional, das regras sobre propriedade

²⁰ V. para a crítica a esse conceito v. C. Salomão Filho, *Direito concorrencial – as estruturas*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 176 e ss.

intelectual, de forma que estas não se transformem em instrumento de dominação e dependência. Para tanto se impõe a visão concorrencial da questão²¹.

Do ponto de vista concorrencial, duas ordens diversas de considerações devem ser aplicadas às patentes, correspondentes exatamente aos grandes ramos da proteção contra as condutas anticoncorrenciais. São eles: a proteção contra o abuso de posição dominante e contra os atos que possam limitar a concorrência ou levar à dominação dos mercados.

As primeiras partem da premissa da dominação e os últimos procuram evitá-la. Como se verá, ambos os ilícitos têm previsão direta ou indireta, por meio de princípios gerais nos Acordos OMC e TRIPS. Basta, então, dar-lhes correta interpretação.

b.1) Abuso de posição dominante

O primeiro risco concreto é que as disposições bastante genéricas e protetivas contidas no Acordo TRIPS em benefício das patentes possam ampliar o abismo tecnológico existente entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, permitindo efetivamente a dominação por multinacionais dos primeiros, inclusive de setores socialmente muito relevantes, como o químico e o farmacêutico.

Essa posição de dominação de setores relevantes econômica e socialmente, decorrente da detenção exclusiva de um bem material (ou imaterial), detenção essa que gera monopólio, é exatamente o que deu ensejo ao desenvolvimento da chamada “essential facilities doctrine” (curiosa e emblematicamente, essa doutrina é originária exatamente dos EUA, talvez o país que mais tenha pressionado por uma versão fortemente pró-patentária do Acordo TRIPS, que acabou prevalecendo).

Ora, segundo essa teoria os detentores dos referidos bens, criadores de monopólio, estão obrigados a garantir o acesso a eles por parte dos concorrentes ou agentes econômicos que deles dependem para desenvolver suas atividades. É o que vem sendo chamado no Brasil de função social da propriedade dos bens de acesso.

Esse acesso é necessário e deve ser feito a preços não monopolistas, i. e., concorrenciais. Em matéria de patentes isso significa que, sobretudo em se tratando de bens essenciais, a transferência de tecnologia para os países e empresas dos países em via de desenvolvimento é imperativa.

A idéia da transferência de tecnologia, como princípio, está prevista no Acordo TRIPS. O artigo 7º do referido Acordo prevê que a proteção e aplicação dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e a para a transferência e disseminação da tecnologia, para a vantagem recíproca dos produtores e usuários do conhecimento tecnológico e em uma forma que leve ao bem estar econômico e social, e para o equilíbrio dos direitos e obrigações.

A redação do Acordo, particularmente em sua parte final, deixa clara a fórmula de compromisso entre os interesses dos vários países envolvidos.

A reforçar sua afirmação está o artigo 8º n. 2, que dispõe sobre abuso de direito à patente, permitindo a adoção de medidas de proteção, caso o abuso seja contrário ao espírito do tratado e impeça a transferência de tecnologia.

²¹ Como espera-se ter demonstrado alhures a visão concorrencial do direito industrial, exatamente por permitir a restrição de sua aplicação, é exatamente a que melhor protege o interesse à difusão da tecnologia – cfr. C. Salomão Filho, *Direito concorrencial – as condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 127 e ss.

Existente o princípio da prevenção de abusos e da circulação da tecnologia, imperativo é dar-lhe interpretação concorrencial, única compatível com um comércio internacional realmente equilibrado e não discriminatório (e aqui a discriminação consistiria exatamente na recusa de acesso do terceiro mundo à tecnologia dos países desenvolvidos) princípios estes previstos no preâmbulo tanto do Acordo GATT 1947 quanto do Acordo OMC 1994.

E a interpretação concorrencial é dada exatamente pela “essential facilities doctrine”. Note-se que os efeitos práticos de sua aplicação mereceriam tratamento mais aprofundado em sede própria. Vão desde o controle da prática de preços competitivos (não monopolistas) nos contratos de transferência de tecnologia até a própria exigência de contratação²² de licença com transferência de tecnologia em setores essenciais²³.

b.2) Criação de condições para a concorrência

Evidentemente impedir que os abusos ocorram não é suficiente. É necessário, de alguma forma, impulsionar a concorrência. Sem ela a garantia contra abusos é inócua pois, como sabido, o poder econômico quando estabelecido, não pode ser totalmente controlado.

Em particular em relação à transferência de tecnologia, a existência de concorrência é fundamental para convencer os detentores de tecnologia que é necessário dividi-la, com preços mais competitivos, sob pena de perder espaço no mercado. Do ponto de vista do suprimento do mercado é obviamente fundamental por fornecer ao consumidor o produto a valor competitivo.

Na estrutura do Tratado TRIPS não muitos são os espaços deixados à introdução da concorrência. Um dos poucos instrumentos relevantes para tanto, que merece aprofundamento, é o das importações paralelas.

Admitir a importação paralela significa permitir a importação de produtos cobertos por direitos de propriedade intelectual de outros países desde que eles tenham sido colocados legalmente no mercado com o conhecimento de ou mesmo por meio do detentor da patente.

Apesar da forte pressão exercida pelos países em desenvolvimento para que as importações paralelas fossem formalmente admitidas no Acordo TRIPS por meio do princípio do exaurimento internacional esse princípio não foi reconhecido, atendendo aos interesses dos países desenvolvidos²⁴.

Isso não significa que ele não possa – e deva ser – introduzido ao nível nacional. O próprio Acordo TRIPS torna isso possível ao prever em seu artigo 30 que os países podem prever exceções aos direitos exclusivos conferidos pela patente. A Corte da EU já o fez, adotando o chamado princípio do exaurimento comunitário²⁵, segundo o qual admitem-se as

²² A obrigação ativa de contratar é uma das características da aplicação da “essential facilities doctrine” – cfr. C. Salomão Filho, *Direito concorrencial – as condutas*, cit., p. 233 e ss.

²³ É preciso deixar claro que na “essential facilities doctrine”, a obrigação de contratar não aparece apenas como forma última de coibir o abuso. Dessa forma a obrigação de contratar aqui referida não se limita às hipóteses previstas no artigo 40 n. 3 do Acordo TRIPS e no artigo 68, *caput* e inciso I da lei de propriedade industrial brasileira (lei 9.279 de 14/5/96), em que a licença compulsória é prevista para caso de abusos. A idéia dos deveres concretos dos detentores de *essential facilities* cria uma obrigação direta de satisfazer o mercado, em condições simulares aos mercados concorrenciais. Inclui, portanto, necessariamente a possibilidade de licenciamento compulsório para a “comercialização que não satisfazer nas necessidades do mercado”, formulação bastante moderna – e correta do ponto de vista teórico – prevista no artigo 68 inciso II de nossa lei de propriedade intelectual.

²⁴ Cfr. nesse sentido P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 409 e ss.

²⁵ Cfr. Terrapin vs. Terranova, sentença de 12/06/76, in *Raccolta di Giurisprudenza della Corte e del Tribunale di Primo Grado* 1976, p. 1.039).

importações paralelas desde que o bem tenha sido comercializado diretamente ou com o consentimento do detentor dos direitos de propriedade intelectual em outro país membro. Sucessivamente esse princípio fixado pela Corte foi recepcionado pelo artigo 7º da diretiva sobre marca comunitária.

No Brasil, as regras da lei de propriedade industrial são bem pouco claras no que diz respeito à importação paralela. Não há um regime expresso sobre importação paralela em caso de patentes, diferentemente do que ocorre com as marcas. Para estas prevê o artigo 132, inciso III a fórmula própria do exaurimento, segundo o qual a importação paralela é permitida, desde que seja feita pelo ou com o consentimento do titular da marca.

Para as patentes a situação é mais indefinida. Só existem dois dispositivos (artigo 68 §§ 3º e 4º) disciplinando a importação paralela, ambos traduzindo hipóteses excepcionais. Na primeira, trata-se da possibilidade de importação paralela em caso de licença compulsória e na segunda no caso de importação para exploração de patente pelo detentor dos direitos a ela relativos.

Isso não significa, de modo algum, que em hipóteses não previstas nesse dispositivo (i. e., por exemplo a exploração nacional da patente) não seja possível a importação paralela, obviamente desde que presentes as condições de colocação no mercado internacional pelo detentor da patente ou com seu conhecimento.

Sendo a regra geral dada pelo princípio da livre concorrência (artigo 170, inciso III da Constituição Federal) e sendo o patenteamento uma exceção, qualquer regra visando aumentar o âmbito de proteção das patentes e limitar ainda mais a concorrência deve ter previsão expressa. Não é o que ocorre em relação às importações paralelas, sendo imperioso, portanto, admitir a importação paralela no caso de patentes, respeitadas sempre as condições de colocação no mercado internacional pelo seu titular ou com seu consentimento.

IV – Conclusão

A conclusão geral que se pode tirar da relação entre comércio internacional e desenvolvimento nos leva necessariamente às raízes, a um tempo mais profundas e mais simples de ambos os conceitos.

Para que o primeiro seja instrumento do segundo é preciso garantir um mínimo de igualdade material entre os participantes da cena internacional. Só assim é possível reduzir a desigualdade das trocas e fazer do comércio internacional mais do que um fluxo de bens um fluxo de informação e tecnologia para os países em desenvolvimento. Reconhecer a desigualdade estrutural do comércio internacional leva também a admitir remédios estruturais e, em especial, reconhecer a legitimidade de mercados comuns e assemelhados como forma de estímulo e de garantia de estabilidade das condições industriais e sobretudo sociais nos países em via de desenvolvimento.

Assim, na cena internacional, desenvolvimento e concorrência, ambos entendidos no sentido de igualdade material de exercício da atividade econômica, parecem indicar na mesma direção.

2.2. COMPETITION POLICY IN BILATERAL AND PLURILATERAL AGREEMENTS : Involvement of the Member States of the Caribbean Community ”

by Yvor Carryl
Programme Manager, CARICOM Single Market and Economy
CARICOM Secretariat

INTRODUCTION

Laws and certain institutional arrangements relating to the control of anticompetitive practices have been included for some time within the legal and regulatory architecture of Caribbean economies. Even if in scope, substance and capacity for enforcement it could be said that both policy and law were rudimentary. Competition law and the economic disciplines relating to market structure and conduct were not areas of interest either in academia or national policy for two and one half decades since 1973. The main focus of competition policy as such was selective regulation of public utilities and somewhat more extensively measures which are aimed at consumer protection. This lack of continuous development was, a product of many factors including the economic philosophies which relegated the market and private sector to second place behind state domination of the economy, behind interventionist industrial policies of the state wherever the market did function and as a consequence of strong and sustained import restrictive trade regimes.

Neither the development of competition policy and the law and institutions for enforcement nor the practice of enforcement proceeded very far since the UN Set and since 1973 when Article 30 on Restrictive Business Practices was included in the Treaty which was signed at Chaguaramas in Trinidad and Tobago. Establishing the Caribbean Community and Common Market. The entire policy outlook began however changed slowly but progressively from the middle 1980's as the initial tentative steps began towards market deregulation, privatisation and the down grading of protectionist trade policies began. The climate of interest and reform towards more robust regime on competition became more pronounced with the launch of the Uruguay Round of Trade negotiations and took flight over the a little more that a decade ago when the Conference of Heads of Government of the Caribbean Community in the Grand Anse Declaration of 1989 declared the intention to radically change the regional integration programme, towards deepening economic integration beyond a Common Market to create a Caribbean Single Market and Economy (CSME). What is most interesting is that competition policy was no longer the concern only of domestic market regulators but increasingly the concern of CARICOM trade negotiators and CARICOM's prominent role in the FTAA Working Group on Competition and the inclusion of provisions on competition in all of recent trade agreements to which CARICOM is party testify to CARICOM's appreciation of the development and the external trade dimensions of competition policy

TRADITIONAL EFFORTS AND PRACTICE IN THE CONTROL OF UNFAIR TRADE PRACTICES

The most significant types of policies other than Article 30 in the Treaty which were employed by Member States of the Caribbean Community before 1993 and actually legislated and enforced were consumer protection oriented as represented under consumer protection, standards legislation and regulated industries legislation rather than preserving and promoting competition per se.

Competition Type policies under Consumer Protection Regimes

The term “.. consumer trade practice...” is used in CARICOM States Consumer Protection legislation and means generally ‘... any practice which is carried on in connection with the supply of goods or the supply of services for consumers and which relates inter alia to with methods of salesmanship in dealing with customers ...’ The thrust of these policies were to minimize exploitation and the protection of health and safety of consumers. They were less concerned with market structure and conduct that materially retarded or eliminated competition. Thus typical examples can be found under consumer protection acts such as, the Antigua and Barbuda Consumer Protection and Safety Act , the Guyana Sale of Goods Act in Chapter 90:10; Vol.13 of the Laws of Guyana, and the Trinidad and Tobago Consumer Protection and Safety Act No 30 of 1985. These Acts sought to restrain a variety of practices including misleading and deceptive conduct, bait advertising, offering gifts and products, misleading statements, coercion, and pyramid selling

The enforcement provisions were however rather weak. For example under the Antigua and Barbuda Act relating to misleading and deceptive conduct “... the Director or Minister in the appropriate circumstances may take action allowed under the Act (namely conciliatory action and then summary action (if necessary) in the Magistrates court having (i) having investigated and reviewed the particular commercial practice and concluded that it may mislead or confuse the consumer and (ii) made a reference to the consumer Guidance Council...”

A second type of policy is to be found under Standards Acts such as the Belize Standards Act 1992, the St Lucia Standards Act No.14. of 1990, the St Vincent and the Grenadines Consumer Protection (Bureau of Standards Act) 1992, the Guyana Sale of Food and Drugs Act in Chap.34.03 Vol 6. of the Laws of Guyana. These Acts are very similar in their thrust declaring in the case of the Antigua and Barbuda Standards Act Chap.411 that “.. a person is liable on summary conviction to a fine ...and to additional penalty... where such person sells, offers for sale or supplies to another person any goods, service, process or practice for which a compulsory standard is declared and which does not conform to that standard...”or ...makes a statement or representation or uses a mark which conveys or is likely to convey that any goods, services, process or practice complies with a standard when it does not. . As with the consumer protection Acts standards laws we designed to enforce compulsory standards with the aim of providing protection to consumers mainly of goods.

Regulation of Selected Industries: Monopolistic Practices and Abuse of a Dominant Position

A third policy which was and is still widely practiced by CARICOM Member States found expression under Regulated Industries legislation which came closer to regulation of competition in the anti trust sense. The approach is to treat selected sectors of the economy under selective regulation .The premise for this approach was that competition was not possible in certain sectors because in the small economies of the Caribbean they are “natural monopolies”. The Jamaica Office of Utilities Regulation Act 1995, the Trinidad, Tobago Regulated Industries Act 1998, and the Guyana Public Utilities Commission Act 10 of 1990 (amended in 1994,1997 and 1999) are good examples since they treat with practices affecting pricing and rate setting by electricity, water and telephone service suppliers. Tentative steps towards reining in anti competitive conduct particularly those related to abuse of a dominant position was evident in the Trinidad Act however provides under section 6 for “...facilitating competition between service providers where competition is possible and desirable”. Provision is also made in this law for the regulatory body... ‘to monitor their activities to ensure that their dominant position is not abused and does not spill over into sectors where competition should prevail’.

It is not until the advent of new thinking in the telecommunications sector that competition policy aimed at a particular sector deliberately sought to promote entry, participation and competition by new competitors in a particular market The competition policy developed by

a subgroup of CARICOM Member States, the OECS , to promote competition in the telecommunications sector goes much further than any previous sectoral specific regulated industries legislation. Seven countries which are members of the OECS adopted a model bill with the undertaking to enact it in their respective jurisdictions. The Dominica bill is the “ Protection Against Unfair Competition Act” This Act if not in scope, of certainly in respect of its intention comes much closer to the classic anti trust law used elsewhere in the world.

CONTEMPORARY DEVELOPMENTS ON COMPETITION POLICY AND LAW

Article 30 of the Common Market Annex to the Treaty Establishing the Caribbean Community and Common Market provided that certain practices were incompatible with the Annex “... in so far as they frustrate the benefits expected from the such removal or absence of duties and quantitative restrictions as is required by this Annex...The practices cited were (i) agreements, between enterprises , decisions by association of enterprises and concerted practices between enterprises which have as their object or result the prevention, restriction or distortion of competition within the Common Market and (ii) actions by which one or more enterprises take unfair advantage of a dominant position within the Common Market or a substantial part of it.

Enforcement was to be accomplished by arbitration procedures provided under the Dispute Settlement mechanism of Article 11 under the supervision of the Common Market Council and by Members States who were require to “... introduce uniform legislation for the control of restrictive practices of business enterprises...” One of the significant aspects of Article 30 especially since it was written in 1972 was the establishment of the nexus between trade liberalization within the Common Market and restrictive business practices. A second significant issue was that the Treaty called for member states to enact “uniform legislation” to enforce the provisions of Article 30, while a third was the use of Dispute Settlement mechanisms under Article 11 of the Treaty to resolve differences among the contracting parties .As will be evident from the rest of this paper CARICOM has retreated from uniform legislation and Dispute Settlement mechanisms for enforcement of competition law but has leaped forward in respect of a regional level enforcement competence under a Community Competition Commission and the Caribbean Court of Justice.

Movement towards preparation and enactment of legislation by CARICOM Member States in the spirit of Article 30 did not proceed for more than two decades until the advent of the Jamaica Fair Trading Act of 1993 and subsequently patterned after Jamaica have been the St Vincent and the Grenadines Fair Competition Act No.23 of 1999, the Barbados Fair Competition Act 2003 and the Trinidad and Tobago Unfair Competition Act 1996 (this is still to be enacted into law). These are full fledges anti-competition laws with provision for the establishment of Competent Authorities to undertake investigations and to enforce the relevant rules with the support of the Court. They aim at restrictive trade practices including, vertical agreements such as price fixing and horizontal agreements such as market division and output restrictions; monopolistic practices and abuse of dominance but have generally so far except the Trinidad and Tobago Bill not sought to control mergers and acquisitions. The main argument in favour of an approach to competition policy and law which excludes control of mergers has been that the smallness of CRICOM economies would justify merger activity which build large scale companies that can compete in the global markets.

The Revised Treaty Establishing the Caribbean Community including the Single Market and Economy.

CARICOM' global integrated strategy for the twenty First century comprises three distinct but integrated elements reflected in Article 78 Objectives of Community Trade policy, namely ; (i) the deepening of regional economic integration through the creation of the CSME which must result in the full integration of the national markets of all member states and seamless

transactions in the course of the free movement of goods , services, capital skills and in the exercise by nationals of the Community of the right to establish commercial presence anywhere in the Community; (ii) the widening of the Community, essentially comprised of new full members and extending the market frontiers available to CARICOM enterprises by establishing bilateral trade and economic cooperation agreements with other neighbouring Caribbean Basin States and ; (iii) the judicious but full participation of all the Member States in the multilateral trading system under the WTO. In order to create the CSME while pursuing the other two elements of the strategy a fundamental revision and renegotiation of the Treaty signed at Chaguaramas in 1973 was undertaken and completed in 2001.

Five important features of the Treaty which are relevant to this paper are: (i) the grant of extensive rights to nationals of the community to carry on economic activity in any part of the CSME without restrictions on the free movement of goods, services, capital, skills and the freedom to establish commercial presence ; (ii) the comprehensive programme of trade liberalization of goods and services and the liberalization of capital markets (iii) the creation of institutions with some supra national competence particularly the Caribbean Court of Justice , to enforce the Treaty , to protect the integrity of rights granted under the Treaty and to increase stability and predictability of benefits expected by the contracting parties and (iv) Article 78 (3) which calls for the Community to undertake , the establishment of common instruments, common services, and the joint regulation, operation and efficient administration of the internal and external commerce of the CSME and Article 80: Coordination of External Trade Policy where under paragraph 2 which states that "...The Community shall pursue the negotiation of external trade and economic agreements on a joint basis in accordance with principles and mechanisms established by the Conference" and (v) the preservation of the principle of special and differential treatment for those states which are least able to compete in the CSME.

The significance of these provisions in respect of competition issues are that they provide a valid basis for comprehensive competition policy for the CSME, they confirm CARICOM's appreciation of the significance of the interrelation between competition within the CSME, the development dimension and the process of trade liberalization within the CSME and between the CSME and the rest of the world; and they answer the valid question of why small economies need competition policy if they undertake market deregulation, privatisation and trade liberalization all of which induce significant competition

One of the pillars of the revised Treaty therefore is Chapter Eight : Competition Policy and Consumer Protection. Competition policy as declared in Article 169 : Objectives of Community Competition Policy ; seeks to "... ensure that the benefits expected from the establishment of the CSME are not frustrated by anti competitive business conduct..." More specifically it seeks the promotion and maintenance of competition and the enhancement of economic efficiency in production, trade and commerce , the prohibition of anticompetitive business conduct which prevents restricts or distorts competition or which constitutes the abuse of a dominant position in the market and the promotion of consumer welfare and protection of consumer interests.

The substantive competition policy of the CSME under Articles 177, 178 and 179 adopts the prohibitions approach and prohibit ; agreements between enterprises, decisions by associations of enterprises, and concerted practices by enterprises which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the Community; actions by which an enterprise abuses its dominant position within the Community; or any other like conduct by enterprises whose object or effect is to frustrate the benefits expected from the establishment of the CSME.

Anti-competitive business conduct within the meaning of the foregoing includes the following:

the direct or indirect fixing of purchase or selling prices;
the limitation or control of production, markets, investment or technical development;
the artificial dividing up of markets or restriction of supply sources;
the application of unequal conditions to parties undertaking equivalent engagements in commercial transactions thereby causing competitive disadvantage;
making the conclusion of a contract subject to the acceptance by the other party to the contract of additional obligations which, by their nature or according to commercial practice, have no connection with the subject matter of the contract;
unauthorized denial of access to networks or essential infrastructure;
predatory pricing;
price discrimination;
loyalty discounts or concessions;
exclusionary vertical restrictions; and
bid-rigging.

There are four significant aspects of the substantive policy on competition within the CSME. One is its silence on the control of mergers and acquisitions. The reason for this is reflective of the approach taken by Member States in national policy as discussed previously. There is also no specific reference to cartels whether hard core or otherwise. What is interesting however is the fact that Article 177 prohibits agreements which contain typical cartel type practices such as price fixing, division of markets and limitation of production, markets, investment and technical development.

Another point concerns the prohibition against the abuse of dominance under article 177 along with the exclusion from the rules of competition conduct which protect of rights relating to intellectual property and behaviour which is directed exclusively to increasing efficiency, in production provision of services, distribution of goods and services and the promotion of technical or economic progress. On the other hand, Article 31 within Chapter relating to Right of Establishment Provision of Services and Movement of Capital, authorise Member states to maintain or to establish a public sector or private sector monopoly. The public sector monopoly will be subject to the community rules of competition while the private sector monopoly must observe the principle of national treatment in respect of participation of non nationals in its operations. The issue of whether these provisions are perfectly reconcilable will be both based on objective circumstances and the interpretation of the Treaty by The Caribbean Court of Justice which has exclusive and compulsory jurisdiction in the interpretation and application of the Treaty Establishing the Caribbean Community.

The second aspect of the Community Competition policy concerns exclusions and exemptions. Article 188: Scope of Application suggests that the rules of competition will apply to all sectors of the economy except some specified types of activity. It states that ... the rules of competition shall not apply to –

combinations or activities of employees for their own reasonable protection as employees;
arrangements for collective bargaining on behalf of employers or employees for the purpose of fixing terms and conditions of employment;
business conduct within the meaning of Article 177 duly notified to COTED in accordance with Article 170;
negative clearance rulings within the meaning of Article 180 or exemptions within the meaning of Articles 181 and 183;
activities of professional associations designed to develop or enforce professional standards of competence reasonably necessary for the protection of the public and approved by the Commission.

This article is not the only place within the Treaty where exemptions and their implications for enforcement of the competition policy will arise. One is Article 30 within Chapter Three which excludes certain services traditionally provided by Central, Regional and Local Governments which are increasingly being moved into the realm of the market system. The Community Competition Commission is empowered under Article to invoke the principle of differential treatment by employing de minimis rules under Article 180 to, "...exempt from the provisions of the that part the Chapter any business conduct referred to it if it considers that the impact of such conduct on competition and trade in the CSME is minimal..." The Council for Trade and Economic Development is empowered under 182 to develop special rules for particular sectors and under Article 183 to suspend or exclude the application of Article 177 to specific sectors.

The third aspect is that the policy on competition is silent on the matter of jurisdiction between the competition law and its relevant Statutory Authority designated under the Competition Law to enforce the rules and agencies such as authorities established under Regulated Industries Act discussed previously. It is also a matter of interpretation how the invocation of Safeguards under Articles 47,92 and 150, restricting import competition will affect the application of rules of competition in the context of a Single Market and Economy.

The fourth aspect concerns the legal and institutional arrangements for enforcement and cross border cooperation. Because the international juridical personality of the Caribbean Community is an Association of Sovereign States each jurisdiction retains the right to legislate the policies of the Community through its national legislature. This right along with the recognition that in this particular area of economic regulation that one size does not easily fit all, encouraged a retreat from Article 30 of the 1973 Treaty which called for uniform implementing legislation by all the Member States. This retention of sovereign competence unlike in the European Union is expressed in Article 170(b) which states that ;

The Member States shall:

take the necessary legislative measures to ensure consistency and compliance with the rules of competition and provide penalties for anti-competitive business conduct;
provide for the dissemination of relevant information to facilitate consumer choice;
establish and maintain institutional arrangements and administrative procedures to enforce competition laws; and
take effective measures to ensure access by nationals of other Member States to competent enforcement authorities including the courts on an equitable, transparent and non-discriminatory basis. What is significant however are

What is significant is paragraph (d) which compels Member States to respect the fundamental overarching principles of the Treaty that is Article 7:National Treatment , Article 8; Most Favoured Nation Treatment and Article 9 ; General Undertaking on Implementation which strictly require Member States to abstain from any measures which could jeopardise the attainment of the objectives of the Treaty and take all appropriate measures whether general or specific to ensure the carrying out of the obligations of the Treaty. It also requires respect for the principle of transparency and due process. Procedural due process is further elaborated under Articles 175 and 176 where the Community Competition Commission is required to act to enforce the rules of competition. At any rate the issue of due process is addressed in the sense that the Common Law tradition of the English Speaking Caribbean provides for due process as a constitutional right and is well established in the jurisprudence of the Member States of the Community.

Of great significance is the arrangements for shared jurisdiction between National and Community Competition Authorities in the enforcement of the Community Competition Policies. The national authorities have jurisdiction in anticompetitive cases which can be

defined as having no effect on cross border trade. The Community Commission is authorized under Article 173: Functions of the Commission to; apply the rules of competition in respect of anticompetitive cross border business conduct and promote and protect competition in the Community. Its powers are substantial under Article 174; Powers of the Commission, which empowers the Commission in respect of cross- border transactions or transactions with cross border effects to monitor, investigate, detect, make determinations or take action to inhibit and penalize enterprises whose business conduct prejudices trade or prevents, restricts or distorts competition within the CSME. The commission is empowered to issue cease and desist orders, order payment of compensation impose fines for breaches of the rules and may refer matters to the Caribbean Court of Justice to effect enforcement .A unique feature of the Caribbean Court of Justice is that the Treaty provides under Article 222; Locus Standi of Private Parties for the Court under certain circumstances to allow persons, natural and juridical of a contracting Party with the special leave of the Court to appear as parties before it. This provision is important for private enterprises in cross border cases where the State may not wish to initiate proceedings on behalf of an enterprise or where in the Court has found that the interest of justice requires that the persons be allowed to espouse a claim directly..

A related jurisdictional question arises in respect of the operation of the CSME in respect of trade remedy relating to dumping under Chapter Five which is the jurisdiction of dumping authorities. On the other hand Article 177 under chapter Eight contains prohibitions against predatory pricing. In cross border cases within the CSME this may present difficulties that would have to be dealt with. However since the Council for Trade and Economic Development has competence to address matters under both chapters one route may involve a determination by consensus on which would be the appropriate authority to act. This of course points to the question of further institutional development under the regime on free circulation which is to be negotiated pursuant to Article 239: Undertaking, where there may be opportunity to resolve issues of this nature

The final important aspect of policy concerns cooperation among the Member States to achieve effective enforcement of the Community Competition Rules. Member states are required under Article 170 to ensure that their respective national competition authorities cooperate with the Community Commission, act to investigate anticompetitive conduct referred to them by the Commission and cooperate with each other in the detection and prevention of anticompetitive business conduct and the exchange of information regarding such conduct. The Commission in turn is required under Article 173 to provide technical assistance to the Member States; It must promote the establishment of institutions and the development and implementation of harmonized competition laws and practices by the Member States to achieve uniformity in the administration of the applicable rules. In this regard the Caribbean Community Secretariat has already developed a Model Competition Law. Recently also a CARICOM Regional Legislative Drafting Facility was established to assist Member States to accelerate the implementing legislation required to establish the CSME . The drafting facility is in the process of refining the Model Law on competition and will assist Member States with regulations.

An important issue relating to Competition Policy is special and differential treatment. The Treaty contains a Chapter Seven which recognizes that the CSME may disadvantage a state, region of the Community or a sector of the economy of a Member State. It also recognizes a set of countries which are entering the CSME with prior disadvantages. The rules of competition in respect of the activities of Public Undertakings under Article 152 are not applicable and under Article 146 disadvantaged countries may with authorization from the Council For Trade and Economic Development temporarily derogate from the rights and obligations set out in the Treaty.

THE EXTERNAL DIMENSION

One of the issues which clearly arise for CARICOM is the interface of its Competition policy with third states under bilateral Agreements or in Plurilateral Agreements. CARICOM has established Bilateral Agreements with Venezuela, Columbia, the Dominican Republic, and Cuba and has recently concluded one with Costa Rica. It also participates in wider Regional Preferential Agreements specifically the ACP-EU Partnership Agreement which was signed in COTONOU on 23 June 20009 The COTONOU Agreement) the negotiations to establish the Free Trade Agreement for The Americas(FTAA) .

These agreements all provide for trade liberalization for goods and services through market access commitments but in addition provide for wider economic cooperation including such areas as investment and intellectual property protection. Consistently with its own recognition of the nexus between development, trade liberalization and competition all these agreements except the agreements with Venezuela and Colombia contain provision for the control of anticompetitive conduct. Common to the approach in all the agreements are the following; acceptance of the principle that anticompetitive practices may undermine the benefits intended from the actions taken to liberalise trade; an undertaking by the contracting parties to implement national legislation to enforce competition policy; and an undertaking to cooperate to achieve effective enforcement. The gray areas are the institutional arrangement and procedures and that of dispute settlement The provisions are very general and therefore would require additional action in the respective circumstances to achieve effective enforcement except the FTAA which is more, comprehensive robust and specific in a number of respects. CARICOM is vice chair of the FTAA Working Group on Competition Policy

Bilateral Agreements

Three of the five Bilateral Agreements between CARICOM and its Caribbean Basin neighbours contain provisions for the control of anti competitive practices.

CARICOM-Dominican Republic Free Trade Agreement

The provisions in the Agreement Establishing the Free Trade Area between the Caribbean Community and the Dominican Republic under Articles XI of the Agreement on Trade In Goods and under Article XVII relating to the Agreement on Trade in Services Regional Agreements. Both express the idea that anti competitive conduct should not be allowed to restrict trade but neither Article enumerate elements of competition policy, make a general call for the contracting parties to take action under their respective laws and Article XVII introduces the mechanism of consultations to facilitate cooperation leading to effective enforcement.

CARICOM-Cuba Agreement

The Trade and Economic Co-operation Agreement Between the Caribbean Community and the Government of the Republic of Cuba has ad one of its objectives under Article 2 (ix)... the discouragement of anti –competitive business practices between the parties. Article 23 however set out the undertaking for the parties to adopt common provisions to prevent anti competitive practices, measures and mechanisms to promote competition and to ensure their application between the parties

CARICOM Costa Free Trade Agreement

Negotiations to establish a CARICOM Costa Free Trade Agreement was concluded recently and in the vein of both the agreements with the Dominican Republic and Cuba general provisions for immediate and future mechanisms that would facilitate the taking action against anti competitive practices have been included under the FTA.

Regional Agreements

The COTONOU Agreement and ongoing negotiations under the FTAA process.

The Member States of the Caribbean Community are contracting parties to the ACP-EU Partnership Agreement which was signed at COTONOU on 23 June 2000. Article 45 of this agreement contains the provisions on competition policy. It is important because in separate paragraphs it spells out principles, which are crucial to the Members of the Caribbean Community. Paragraph 1 establishes the nexus between competition trade and development by declaring that "... competition policies and rules are of crucial importance in order to improve and secure an investment friendly climate, a sustainable industrialisation process and transparency in the access to markets. Secondly the provisions are clear that enforcement will be at both national and regional levels and provide for prohibitions as an approach It calls for in paragraph 2 " the parties to undertake to implement national or regional rules and policies including the control under certain conditions the prohibition of agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices between undertakings which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition... and agree to prohibit the abuse of a dominant position in the common market of the Community and in ACP States.." Thirdly the principle of Special and Differential Treatment is included both as a general fundamental principle of the Agreement but also within Article 45(3).

Member States of the Caribbean Community are also involved in ongoing negotiations to establish a Free Trade Area of the Americas A draft Chapter on Competition has been developed There are proposals on principles, substantive policies, possible commitments and rules , institutional framework capacity building and cooperation. It will be risky to read too much in the proposals which exist but those for the institutional framework and cooperation are of particular importance because they will have implications for how enforcement will proceed in cases where anti competitive practices are cross border in reach and effects. There seems to be thinking that neither domestic law on competition nor the judicial and administrative procedures relating to enforcement should be covered by either the general or specific aspects of the Dispute Settlement arrangements being proposed to be included under the FTAA. It appears that some aspects of monopolies could be subject to dispute settlement procedures. However the end of the negotiations will better inform on exactly how the Americas intends to proceed in respect of controlling anti competitive practices within the general framework of the Free Trade Area.

IMPLICATIONS FOR A MULTILATERAL FRAMEWORK

Bilateral and plurilateral agreements on competition could limit the possible scope of a multilateral framework on competition in respect of the content and the scope of policies and possible commitments and rules and disciplines For example based on the experience of CARICOM and its bilateral Agreements referred to earlier the provisions are general identifying no specific anti competitive practice to be attacked . This suggest that rule of reason will be the preferred approach, on a case by case basis and , working backwards from prime face evidence that trade is affected and anti competitive practices are the underlying cause. The emphasis on the rule of reason approach limits latitude to negotiate prohibitions even in respect of egregious practices. CARICOM resistance to regulating mergers and acquisitions means resistance accepting commitments or disciplines relating thereto.

Both as a consequence of the domestic bias and the emphasis on domestic enforcement , the content of existing agreements and may weaken support for a comprehensive multilateral framework. The insistence on enforcement under domestic administrative and judicial

proceedings and domestic law without challenge to the sovereignty of these will limit the scope of a multilateral institutional capacity to police and enforce the rules or of a dispute settlement regime that can be really effective. Different, requirements, standards and commitments set in the various bilateral and plurilateral agreements will result in the lowest possible common denominator being applied to cooperation in the multilateral framework when a regime on cooperation will be very important in solving problems relating to cross border anti competitive competition practices and effects

On the other hand the widespread acceptance of competition policy and related disciplines under bilateral and plurilateral agreements may reduce the uncertainties of how to treat anti competitive practices with cross border reach and effects in a future multilateral framework. There is, as a result of these types of agreements increasing possibilities for convergence of policy and legislation and there is increasing clarity on approach, substance and modus operandi that may be helpful in encouraging future multilateral negotiations on competition in respect of principles, substantive policy, possible scope of rights and obligations, institutional arrangements for enforcement, and cooperation among parties to achieve effective enforcement. CARICOM insistence on special and differential treatment provisions in all its bilateral and regional agreements means that it would insist on specific Sand D provisions to be a key principle in multilateral framework

CONCLUSIONS

The Caribbean Community is now in the process of establishing a comprehensive framework for enforcement against anti competitive practices which are likely to undermine the gains from earlier policy actions relating to deregulation and privatisation and ongoing trade liberalisation. The Member States except for Jamaica have not faced the full range of challenges of either implementing or attempting to investigate, prosecute or enforce judgements against anti competitive practices. In developing the regime on competition account was taken of both the development and external dimensions. This is reflected in the content of bilateral and plurilateral agreements in which Community Member States are contracting parties. The cases of successful enforcement under these agreements have not yet begun to be recorded but the entrenched principles that anti competitive practices should not be allowed not undermine the expected gains from trade liberalisation concessions made and that contracting parties would ensure that mechanisms including existing domestic law would be applied to control or prevent anti competitive practices both within the jurisdictions of each contracting party and between the parties will contribute to greater competition in regional and global markets.

Bilateral and plurilateral agreements which have been negotiated by Member States of the Caribbean Community since the launch of the Uruguay Round of Trade negotiations are increasingly reflecting appreciation of the link between competition and development and competition and trade. There are important experiences being accumulated from negotiating and including provisions on competition under bilateral and plurilateral agreements. Those aspects relating to substantive policy and rules, institutional arrangements for enforcement and the strength of but more importantly the success of the mechanisms for cooperation among the contracting parties will be valuable in shaping a possible multilateral framework on competition. These agreements will present both challenges and opportunities to negotiators in reaching agreement on the architecture of the multilateral framework.

REFERENCES

“Agreement Establishing the Free Trade Area between the Caribbean Community and The Dominican Republic” Attachment to SER/FTA (Spec.) 99/1/7 “

“Agreement Between the Caribbean Community (CARICOM) and the Government of the the Republic of Venezuela on Trade and Investment”

Agreement on Trade, Economic and Technical Cooperation Between the Caribbean Community (CARICOM) and the Government of the the Republic of Columbia

Caribbean Community Secretariat “Treaty establishing the Caribbean Community: Chaguaramas , 4th July 973”

Caribbean Community Secretariat “CARICOM REVISED TREATY OF CHAGUARAMAS ESTABLISHING THE CARIBBEAN COMMUNITY INCLUDING THE CARICOM SINGLE MERKET AND ECONOMY”- Signed by the Heads of Government of the1Caribbean Community on July 5, 2001 at their Twenty Second Meeting of the Conference in Nassau The Bahamas

FTAA Working Group on Competition Policy “ Inventory of Domestic the Laws and Regulations Relating to Competition Policy in the Western Hemisphere” Report prepared by the Organisation of American States Trade Unit 1998

“ FTAA –Negotiating Group on Competition Policy Report on Development and Enforcement of Competition Policy and Laws in the Western Hemisphere” Report prepared by the Organisation of American States Trade Unit : Tripartite Committee Organisation of American States January 15 2003

“FTAA-Free Trade Area of the Americas Draft Agreement” November 1 2002 (Chapters on Market Access and Competition Policy)

Legall Sharon (Reporter) Fair Competition Law in the Commonwealth Caribbean (unpublished)

Trade and Economic Cooperation Agreement Between the Caribbean Community (CARICOM) and the Government of the Republic of Cuba”

The ACP-EU Courier September 2000 “ACP –EU PARTNERSHIP AGREEMENT signed in COTONOU on 23 June 2000”

2.3. THE FAIR COMPETITION ACT – A POST-DOHA EXAMINATION

by Barbara Lee – FTC. Jamaica

Introduction

With the post DOHA movement of discussions regarding competition policy and law from the purely domestic and regional arenas to the international stage, via the World Trade Organization (WTO) developing countries are now being forced to address a number of issues, which would hitherto not have required our attention. First among these issues is that of whether or not to adopt a competition policy. The popular view is that privatization and liberalization of an economy create a need for competition policy and law. There is evidence however, that competition laws have varied from country to country, depending on each country's particular political and socio-cultural background and economic needs. The issue that countries like Jamaica, which have already established competition law, have to address is the extent to which domestic policies and laws are or ought to be in harmony with the principles which govern the various multi-lateral arrangements to which they may be party. I note here that despite the diverse levels of development and the language differences of the states now engaged in the Free Trade Area of the Americas (FTAA) negotiations, discussions regarding the chapter on competition policy seem to be making reasonable progress. This is a good sign. By all indications, developing countries will ultimately not be able to escape involvement in discussions and negotiations on competition policy and law at the WTO level; and this could prove to be a major challenge, given the disparate histories and levels of economic strength that exist among countries at that level. This paper will focus on the Jamaican experience vis-a-vis two of the core principles enunciated by the Doha Declaration, viz transparency and procedural fairness. It is not that non-discrimination does not apply to competition enforcement; as a principle it is far more relevant in a discussion on trade policy.

The core principles recognized in the Doha Declaration are considered as under-pinning all agreements within the WTO framework. Thus they are expected to be applied to all issues, including those arising under competition policy and law. It is within that context that all member states of the WTO, developed and developing, need to examine their own domestic competition policy and law.

Even while it is clear that these principles are indispensable to the proper enforcement of any agreement, it is recognised at most, if not all levels, that given the economic diversity of the WTO membership, these principles will have to be applied with flexibility. The Director-General of the Caribbean Regional Negotiating Machinery noted in his presentation at the April 4, 2002 meeting on the WTO work programme on Small Economies that the WTO Work Programme should be a vehicle for obtaining formal recognition of the special needs of small economies, identified to be, inter-alia,

- Lower levels of obligation
- Asymetically phased commitment to obligations
- Exceptions
- Flexibility in applying the various disciplines
- Technical assistance and training

The extent to which these matters will find favour with the WTO, will depend of course, on how credible a case is made out in each instance.

Flexibility in competition Policy and Law – Jamaica

Unlike most other member states of the Caribbean Community (CARICOM) Jamaica has a competition policy, within which competition law was established in 1993. An examination of that law, the Fair Competition Act (FCA) 1993 will reveal a number of features which indicate that the law was crafted to suit the political and economic realities as they were perceived by the stakeholders. It was not by accident that merger control provisions were omitted from the Act, for example.

Whereas, the global market place promises no protection for small markets such markets must seek to protect themselves; and in recognition of the fact that small enterprises are unlikely to be able to compete effectively in the global market place, the Jamaican policy makers thought it appropriate not to impose any restrictions on companies that wished to merge. The presumption of course, is that such mergers as might emerge would result in increased efficiency, which would translate into a higher level of competitiveness at the global level. The question must be however, has that particular exercise of flexibility produced the results contemplated? No studies have been done to determine the answer to that question. Conversely, one must ask as well, what level of harm might have been done to the market in the absence of merger control. Again, there has been no research which would assist. What is clear however, is that absent specific provisions under specific agreements, bi-lateral or multi-lateral, Jamaica's ability to co-operate regarding mergers is severely hampered by the omission merger control provisions from the FCA. Consonant with an asymetrically-phased commitment to obligations, this aspect of the FCA could very well be considered "ripe" for review.

One of the stated objectives of the FCA is "to promote consumer welfare and to protect consumer interest". Thus, the Act contains prohibitions against conduct such as false and misleading advertising; double-ticketing; Sale at a bargain price, commonly referred to as "bait and switch"; and sale above the advertised price. With the imminent promulgation of a **Consumer Protection Act**, the efficacy of retaining these provisions in the FCA might well fall to be reviewed, even though there is an abiding view that since the consumer is the ultimate beneficiary of competition policy, the relevant provisions ought to be retained in the FCA.

In the pre-liberalized era of the 1940's and 1950's a number of entities, referred to as commodity boards, were established to control run-away price increases and to regulate distribution of scarce commodities in a significant part of Jamaica's agricultural sector. By way of example, there is a sugar control authority, which is responsible for the development of the sugar industry and the regulation of sugar production. Despite its existence however, sugar continues to be a dying industry in Jamaica. Arguably, these boards are an anachronism in a liberalized market economy but the FTC has neither the financial nor human resource to conduct a cost-benefit analysis of their existence, so as to be in a position to advocate their disbandment, as being anti-competitive in nature. In the meantime, they continue to exist, albeit inactively, in some cases; and similar bodies may be authorized under section 29 of the FCA. The section vests the Fair Trading Commission (FTC) with the Power to grant authorization for persons to enter into agreements or to engage in practices prohibited by the FCA, where such agreements or practices are "likely to promote the public benefit." It is my opinion that this ability to consider the public benefit must be closely guarded; and developing countries need to maintain competition policies which are reflective of their peculiar circumstances.

THE FCA AND THE WTO CORE PRINCIPLES

TRANSPARENCY

Section 2 (a) of the FCA requires, in relevant part, that the Commission make available-

“(i) to persons engaged in business, general information with respect to their rights and obligations under this Act; for the guidance of consumers, general information with respect to the rights and obligations of persons under this Act, affecting the interests of consumers”
Section (5) (2) (b) requires that the Commission

“undertake studies and publish reports and information regarding matters affecting the interests of Consumers.”

Section(5) (2) (c) enjoins the Commission “to co-operate with and assist any association or body of persons in developing and promoting the observance of standards of conduct for the purpose of ensuring compliance with the provisions of this Act.”

The sum effect of these provisions is that all target groups of the competition policy are entitled to be provided with relevant information.

In further support of the principle of transparency, Section 8 stipulates that “Hearings of the Commission shall take place in public...” This is balanced however, by wording that allows the Commission whenever the circumstances so warrant, to conduct a hearing in private.

Section (52) of the FCA allows for the making of regulations... for giving effect to the provisions of the Act. Such regulations may prescribe inter alia, the procedure to be followed in respect of applications and notices to, and proceedings of the Commission. Whereas Regulations have been established, setting out certain details regarding the procedure for cases in which a settlement can be reached, there are no regulations in place to guide the administrative procedure for conducting an investigation or for the conduct of a hearing by the Commissioners. In 2002, the Commission submitted instructions for establishing regulations containing such guidelines. Regulations are also being drafted to address the issue of “reasonable quantities” as set out in Section 40 of the Act, which states, in relevant part:

“A person shall not advertise at a bargain price, goods or services which he does not supply in reasonable quantities having regard to the nature of the market in which he carries on business, the nature and size of the business carried on by him and the nature of the advertisement”

Currently, all statutory instruments on competition, together with all findings and decisions of the FTC are available on the Commission’s website. Even as I make reference to the various provisions which the FCA contains, in support of transparency, note must be taken of Section 53, which allows the commission to “...prohibit the publication or communication of any information furnished or obtained, documents produced, obtained or tendered, or evidence given to the Commission in connection with [its] operations” Accordingly, in all cases investigated, sensitive information obtained from enterprises is redacted before publication.

Subsection (2) of the said section 53 makes it a criminal offence to publish or communicate any such information, documents or evidence the publication of which is prohibited by the Commission. The discussion on transparency would not be complete without the observation that under the **Access to Information Act** (AI Act), which comes into force in

August of this year, all Government agencies will be obliged to provide information in appropriate circumstances. It is anticipated that upon the enactment of this Act much time will be spent balancing the requirements thereunder with the FTC's obligation not to disclose confidential and sensitive information.

Like most, if not all other competition statutes the FCA contains exemptions. Among the categories of activities to which the Act will not apply is a category referred to in the relevant Section as "such other business or activity declared by the Minister by order subject to affirmative resolution". The Minister here is the Minister under whose portfolio the FTC falls – currently the Minister of Commerce, Science & Technology. In the face of arguments pointing to the potential for such a provision to undermine transparency, one could repose some confidence in the fact that the Minister's decision must be supported by an affirmative resolution in Parliament. Where the ruling party has a disproportionately large majority in Parliament, however, that confidence could be shaken.

THE FCA AND PROCEDURAL FAIRNESS

Until the Court of Appeal rendered its judgement in The Jamaica Stock Exchange v The Fair Trading Commission (Supreme Court Civil appeal no 92/97) there was no reason to doubt the essential efficacy of the FCA, as an instrument of justice and fair play. The finding by the Court that the Act "provides no power of delegation by the Commission" of its investigative powers; and that "Sections 5 and 7 clearly disclose a merger of the investigative and adjudicating functions, which is likely to lead to a breach of natural justice" has not only done severe damage to any claim which the FTC would wish to make regarding procedural fairness, but has also eroded its ability to function in a meaningful way.

The court criticized too, Section 7(2) of the Act, which states inter alia :

"The Commission may hear orally any person who, in its opinion, will be affected by an investigation.. and shall so hear the person if the person has made a written request for a hearing..." and found that it would result in the Commission conducting its investigation "purely on written documents and without hearing from persons who may be affected."

Another provision which came in for judicial notice in the Jamaica Stock Exchange case is Section 10, which contains powers of entry and search. Even though the section stipulates among other things:-

that it is only an "authorized officer" who may carry out the relevant activities

the specific purposes for which the power may be used

that a warrant has to be obtained

that the Justice of the Peace (Notary) issuing the warrant must be satisfied that there is reasonable ground for its issuance

the length of time for which documents and records removed may be retained

the Court made the observation that in the absence of appropriate Regulations those powers, which are powers of investigation, still rest in the Commission, bringing into further focus the issue of the dual role of the Commission. Legislative amendments are being pursued to address all these fundamental problems.

Even as the deficiencies of the FCA have to be admitted and addressed, it would be remiss of anyone who is interested in an objective analysis, not to make the point that the Act does provide for "Any person who is aggrieved by a finding of the Commission...[to] appeal to a Judge in Chambers". The Judge may –

"a. confirm, modify or reverse the findings of the Commission or any part thereof

direct the Commission to reconsider, either generally or in respect of any specified matters, the whole or any specified part of the matter to which the appeal relates."

The relevant section goes on to say that the judge shall, inter alia "...give the Commission such directions as he thinks just concerning the reconsideration or otherwise of the whole or

any part of the matter that is referred back for reconsideration". Judge means a Judge of the Supreme Court. Thus, the proceedings of the Commission may be judicially tested for procedural fairness in its enforcement of the law. As stated in earlier paragraphs Regulations are being drafted to address the Commission's administrative procedures regarding its handling of complaints. It is of significance too that the individual's right to private action is properly preserved in the FCA. Section 48 allows any person who suffers loss caused by the conduct of any other person, in contravention of the Act, to bring a civil action for damages.

CONCLUSION

Transparency and procedural fairness are major principles of just, democratic governance, and together with a number of other elements, form the basis upon which businesses will be constrained to conduct their affairs within the bounds of the law; and all stakeholders will feel confident that their personal and property rights are being recognized and preserved. Where this environment exists at the national level, the capacity of individual countries to fit into a multilateral framework, such as the WTO, is assured. Effective competition enforcement in Jamaica, as anywhere else, goes way beyond having a well crafted law, however. It requires the establishment and maintenance of agencies equipped with the capacity to make the law work. At the policy level, it needs the broadest political support, which should translate into adequate financial support for the relevant agencies. While the benefits of fora such as this cannot be underestimated, much more needs to be done to help enhance the capacity of developing countries to enforce competition law. The strength of any multi-lateral arrangement must ultimately be judged by the strength of its weakest link.

2.4. Las negociaciones en el marco de la Comunidad Andina para la introducción de un nuevo régimen de competencia a nivel subregional

Gonzalo Ruiz
Gerente de Estudios Económicos
Instituto de Defensa de la Competencia y
Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)

Después de una década de vigencia de la Decisión 285 (“Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia”), en los años 2000 y 2001, expertos gubernamentales de los países andinos (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) en materia de libre competencia, realizaron un ciclo de reuniones con la finalidad de perfeccionar el marco regulatorio subregional sobre la materia. La mayor parte de las negociaciones giraron en torno a una nueva propuesta presentada por la Secretaría General de la Comunidad Andina. El presente documento resume algunos de los principales puntos de consenso y disenso en el marco de estas negociaciones, con especial énfasis en la posición mantenida por el Perú en dicho Foro²⁶. Asimismo, el documento en su parte inicial presenta algunos elementos que permiten poner en perspectiva el contexto dentro del cual se han venido realizando estas negociaciones. Finalmente, se presentan algunas reflexiones finales.

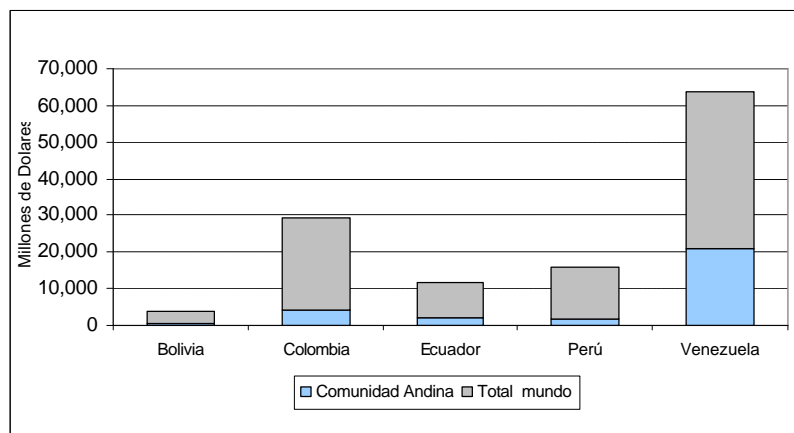
Las negociaciones en el marco de la Comunidad Andina para la introducción de un nuevo régimen de competencia a nivel subregional

El proceso de integración de la Comunidad Andina y los nuevos marcos regulatorios de competencia

Durante la década del noventa, el proceso de integración subregional de la Comunidad Andina ha registrado avances importantes tendientes a la liberalización del comercio y la conformación de una Unión Aduanera Andina. Durante el período 1992-2001, el comercio total de los países registró un crecimiento promedio equivalente a 6.6% anual, mientras el ritmo crecimiento del comercio en la subregión fue de 13.4%. Cabe señalar sin embargo, que a diferencia de otras experiencias como la europea o del Mercosur, el mercado andino aún es reducido y continúa absorbiendo una proporción relativamente pequeña del comercio exterior que realizan los países miembros.

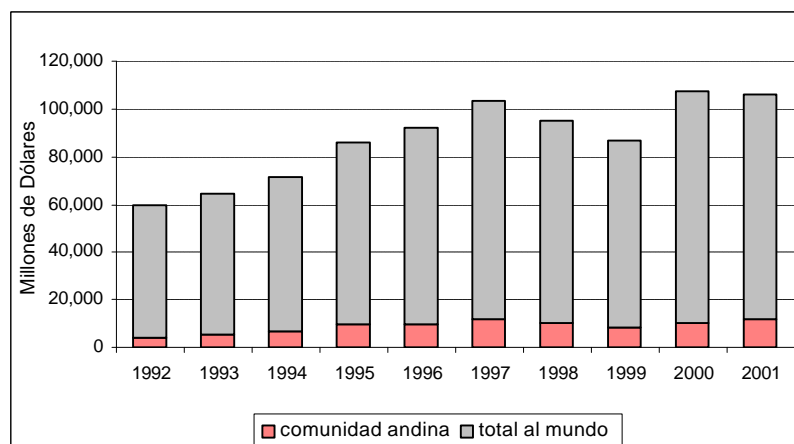
²⁶ El presente documento no expresa necesariamente la posición oficial del Perú. Las opiniones vertidas en el mismo son de exclusiva responsabilidad del autor.

Comercio exterior total versus intrasubregional en países de la Comunidad Andina (año 2001)



Fuente: Comunidad Andina de Naciones (www.comunidadandina.org)

Comercio total e intrasubregional de países de La Comunidad Andina



Fuente: Comunidad Andina de Naciones (www.comunidadandina.org)

El nuevo impulso que ha recibido el proceso de integración en la subregión durante los noventa se dio en un contexto en el que la mayoría de países miembros, emprendían reformas comerciales y de liberalización de sus mercados, lo cual, sin duda, ofrecía una oportunidad importante para la generación de una nueva agenda en materia de integración regional.

Parte de las reformas implementadas en la región consistió en la introducción de nuevos marcos de regulación de la competencia a nivel nacional y la creación de nuevas instituciones encargadas de la aplicación de dichas políticas. El grado de avance alcanzado por los Países Miembros en esta materia, sin embargo, no ha sido uniforme: existen países como Ecuador y Bolivia que aún no han aprobado una ley de competencia.

El hecho de que los Países Miembros hayan emprendido de manera simultánea reformas comerciales tendientes a la liberalización de mercados y la apertura, además de la adopción de nuevos regímenes de competencia, configuró un escenario propicio para que los países vieran la necesidad de la revisión y perfeccionamiento de la normatividad subregional sobre

libre competencia. Adicionalmente a ello se habían detectado algunas deficiencias en la Decisión 285, vigente desde diciembre de 1991, tanto en la forma (procedimiento) como en el fondo (ámbito de aplicación, tipificación de las prácticas que distorsionan la competencia, entre otros), lo cual se ha visto reflejado en el escaso número de casos denunciados durante estos 10 años de vigencia de la Decisión.

Es en este contexto que, durante el año 2000, a iniciativa de la Secretaría General de la Comunidad Andina, se inicia un nuevo proceso de revisión de la normatividad en materia de libre competencia. Dicha revisión se llevó a cabo a través de reuniones de expertos gubernamentales en materia de libre competencia. A continuación se describen los principales puntos de consenso y de disenso en el marco de dichas negociaciones.

El proyecto de Decisión de la Secretaría de la Comunidad Andina

En el marco de las negociaciones llevadas a cabo entre los países andinos se generó un amplio consenso respecto de los aspectos sustantivos (o de fondo) del Proyecto de Decisión, presentado por la Secretaría General. Entre éstos destacan los principios fundamentales que deben regir estos procedimientos, y las conductas que deben ser objeto de esta regulación, entre otros aspectos. De otro lado, uno de los puntos en los que no se logró un consenso está el relacionado con el rol que cumplirían las agencias de competencia en el marco del procedimiento con la nueva Decisión y la necesidad de que el órgano encargado de hacer la investigación sea uno distinto del órgano encargado de tomar la decisión definitiva respecto a los casos.

Puntos de consenso

Todos los países han coincidido en la necesidad de disponer de una norma en materia de libre competencia que asegure que los beneficios logrados en el marco del proceso de integración no se vean contrarrestados por prácticas anticompetitivas.

Asimismo, existe consenso en que los procedimientos que se definan en el marco de la nueva decisión deben regirse por los principios de no discriminación, transparencia y debido proceso.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Decisión, los países han coincidido en que se incluya a las prácticas restrictivas a la libre competencia tales como acuerdos entre competidores, recomendaciones de las asociaciones u otras entidades gremiales; y las conductas de abuso de posición de dominio. Se ha coincidido también en que no se incluya dentro del ámbito de aplicación de la Decisión a las fusiones y concentraciones empresariales, así como a las ayudas estatales.

Puntos de disenso

Uno de los puntos en los que no se ha logrado un consenso entre los países miembros está relacionado con la posibilidad de introducir exclusiones y excepciones transitorias al ámbito de aplicación de la Decisión, de actividades económicas sensibles necesarias para lograr objetivos fundamentales de su política, sujeto a un conjunto de condiciones²⁷.

²⁷ "a. Que reporten beneficios significativos al perfeccionamiento o desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes y servicios o fomenten el progreso técnico o económico;
b. Que sean objetivamente indispensables desde un punto de vista técnico o económico;
c. Que reporten beneficios a los consumidores; y,
d. Que no ofrezcan a dichos agentes económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los bienes o servicios de que se trate." (Propuesta de Ecuador y Colombia)

En el Perú, el marco regulatorio de libre competencia contiene muy pocas excepciones de carácter sectorial a su ámbito de aplicación (Decreto Legislativo 701). En este sentido, el Perú, no consideraría apropiado el establecimiento de excepciones para el caso de otros países, pues ello implicaría un trato no recíproco de otros países frente al Perú en aquellos sectores que sean exceptuados. Por otro lado, si se hicieran extensivas dichas excepciones presentadas por los países al Perú, ello distorsionaría el marco regulatorio vigente en el país, representando un retroceso respecto de los avances que se han alcanzado en el Perú en materia de liberalización y reformas tendientes a sentar las bases de una economía de mercado. Asimismo, el mantenimiento de sectores exceptuados o excluidos del ámbito de aplicación de la normatividad subregional de competencia, no sería acorde con el objetivo de profundización y ampliación del comercio intrasubregional perseguido por la Comunidad Andina. En tal sentido, la adopción de una normatividad subregional de competencia debería necesariamente incorporar cronogramas para el desmantelamiento de las excepciones y exclusiones sectoriales existentes en la normatividad de competencia de cada uno de los Países Miembros.

Sin perjuicio de la decisión definitiva por la que se opte, un paso importante previo a la discusión sobre la introducción de excepciones y exclusiones, o sobre plazos para su desmantelamiento; sería conocer qué sectores están actualmente exceptuados o excluidos de la aplicación de las normas nacionales de competencia. La notificación por parte de los países miembros de todas aquellas disposiciones que exceptúan o excluyen a ciertas actividades económicas a la Secretaría General de la Comunidad Andina, puede constituir un paso importante en esa dirección, en concordancia con el principio de transparencia, propugnado por el Proyecto de Decisión.

Un segundo punto de disenso estuvo relacionado con el procedimiento de investigación contemplado por el Proyecto de Decisión. Al respecto, el Proyecto de la Secretaría señala que el órgano encargado de la investigación es la Secretaría General a solicitud de las autoridades nacionales o personas naturales o jurídicas de los países miembros. La Secretaría lidera el proceso de investigación pudiendo solicitar a las autoridades nacionales su colaboración. De manera conjunta se elaborará un Plan de Investigación el cual indicará las acciones a ser adoptadas, cronograma de actividades, entre otros; el cual deberá ser implementado parcial o totalmente (dependiendo de la separación de tareas que se disponga en el Plan entre la autoridad y la Secretaría) por las autoridades nacionales. La Secretaría General, según la propuesta, sería el ente técnico que tendría a su cargo la dirección y coordinación de las investigaciones y sería a la vez responsable de emitir los pronunciamientos a que diera lugar el procedimiento. En este sentido, la Secretaría General sería el órgano que lideraría el proceso de instrucción y, a la vez, emitiría el pronunciamiento final. Las resoluciones de la Secretaría General podrían ser apeladas al Tribunal Andino.

El ordenamiento jurídico peruano, así como la legislación comparada en materia de libre competencia, establece que, en la medida de lo posible, el órgano encargado de la instrucción no sea el mismo encargado de emitir los pronunciamientos. La separación entre el órgano instructor y el que emite el pronunciamiento constituye un mecanismo de pesos y contrapesos (checks and balances) que no sólo permite el análisis de una misma materia desde perspectivas diferentes e independientes unas de otras; sino que también a través de ello contribuye a enriquecer los análisis y pronunciamientos en materia de libre competencia. La experiencia peruana en materia de libre competencia corrobora este hecho.

Si bien la posición de otros Países Miembros ha sido la de preservar la estructura a través de la cual la Secretaría General ha venido llevando a cabo su labor de investigación y resolución de conflictos; el Perú, ha considerado que existe espacio para desarrollar fórmulas más flexibles y participativas, en las que las autoridades nacionales puedan tomar parte activa en la resolución en primera instancia de las controversias; por ejemplo, a través

de comisiones mixtas compuestas por representantes de las agencias de competencia de cada país.

Reflexiones finales

El reinicio de las negociaciones relativas a la introducción de un nuevo marco de competencia a nivel andino, se proyecta para el año 2004. Un tema importante que se deberá abordar en dicha reunión guarda relación con el tratamiento que recibirán los países que aún no cuentan con legislación de libre competencia. Una posibilidad sería que los países establezcan un plazo mínimo de adecuación a la Decisión, dentro del cual se comprometerían a aprobar normas nacionales en materia de libre competencia.

A nuestro juicio, aquí consideramos que –guardando algunas distancias- se enfrenta una disyuntiva similar a la que se enfrenta en el Grupo de Trabajo de Competencia de la OMC. Dado el hecho de que existe un grupo importante de países que no cuenta con legislación de competencia, ¿qué tipo de compromisos podrían asumir los países en el marco de un acuerdo multilateral? Un primer tipo de compromisos son aquéllos relativos a la normatividad en materia de libre competencia. A nuestro juicio, un paso inicial ineludible consiste en la aprobación por parte de los países de una normatividad mínima de competencia. Con miras a dicho objetivo, en el caso de la discusión que se viene sosteniendo a nivel de la OMC, podrían establecerse (al igual que se ha hecho en el caso del acuerdo TRIPs) plazos de adecuación y transición para países que aún no cuentan con dicha legislación. La no existencia de una normatividad nacional en materia de libre competencia, consideramos, haría muy difícil lograr la implementación de un acuerdo multilateral efectivo sobre materia. En primer término, el contar con una autoridad de competencia, permitiría establecer mecanismos transparentes de intercambio de información, de notificación, entre otros. En segundo término, estas autoridades podrían notificar las exclusiones y excepciones constituyéndose en una suerte de “inquiry point” (al estilo del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio).

El contar con legislaciones de competencia nacionales y autoridades designadas permitiría, en una segunda etapa, establecer compromisos de mayor alcance para los países miembros. Por ejemplo, compromisos tales como cortesía positiva o negativa (según se acuerde) para la investigación de casos, establecimiento de cronogramas de eliminación de exclusiones o excepciones, serían difíciles de implementar sin la introducción previa en todos los países miembros de una normatividad mínima de libre competencia.

2.5. Los regímenes de defensa de la competencia de Argentina y del MERCOSUR frente al mandato establecido por la Declaración de Doha

Dr. Eduardo Montamat, Vocal
Lic. Marina Bidart, Analista Económica
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
-REPUBLICA ARGENTINA-

En el año 1996 fue firmado el Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, también conocido como Protocolo de Fortaleza, lo que constituyó el puntapié inicial para la construcción del régimen regional de defensa de la competencia que acompañará la profundización de la integración regional comercial.

La Reglamentación del Protocolo fue concluida durante el ejercicio de la Presidencia Pro Tempore de la República Argentina en el primer semestre de 2002, lo que ha constituido un singular avance para la efectiva aplicación del mencionado acuerdo regional.

El futuro acuerdo multilateral sobre defensa de la competencia a realizarse en el marco de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO constituye un desafío tanto para cada uno de los regímenes nacionales de defensa de la competencia de los socios del MERCOSUR, como para el futuro régimen regional.

Ambas cuestiones se encuentran estrechamente relacionadas por cuanto, según lo establece el Protocolo y su Reglamentación, las investigaciones de las conductas anticompetitivas con impacto regional serán realizadas por las autoridades nacionales de competencia del domicilio de los denunciados.

Si bien dicha investigación deberá realizarse conforme a las pautas ordenadas por el futuro Comité de Defensa de la Competencia del MERCOSUR (organismo intergubernamental cuatripartito conformado por las autoridades de competencia nacionales), la misma se sustanciará conforme a los procedimientos establecidos por cada legislación nacional.

Por ello, esta presentación en primer término informa en qué medida la legislación argentina contempla los principios fundamentales de transparencia, no discriminación y equidad procesal que serán esenciales al futuro acuerdo multilateral de defensa de la competencia, conforme al mandato de la Declaración de Doha.

En segundo término, se trata sobre en qué medida el régimen regional y nacional de Defensa de la Competencia es apto para asumir el compromiso de tomar medidas en contra de los carteles intrínsecamente nocivos.

Finalmente, se hacen consideraciones relativas a las modalidades de cooperación entre autoridades de competencia y el compromiso de creación y/o fortalecimiento institucional de las autoridades de competencia de los países en vías de desarrollo.

Los principios fundamentales:

Los principios de transparencia, no discriminación y equidad procesal se encuentran contemplados en todos los aspectos cubiertos por la legislación argentina de defensa de la competencia: i) la sanción de prácticas anticompetitivas horizontales y verticales, ii) la implementación de medidas remediales y iii) el control de fusiones y adquisiciones.

Con relación al principio de transparencia, la legislación y la práctica de la defensa de la competencia en la República Argentina lo recoge en idénticos términos generales en que es recogido por todos los actos de gobierno, poniendo a disposición del público toda la legislación aplicable, no siendo la misma exigible o aplicable de modo previo a su publicidad.

El principio de transparencia también se ha traducido en el control de la sociedad civil de los procedimientos llevados a cabo por la agencia de competencia. De tal forma que, en las investigaciones que sustancian, tanto los consumidores como las firmas competidoras con interés legítimo pueden hacer sus aportes. Así, entonces, el principio de transparencia no sólo está contemplado en relación a las resoluciones de la autoridad de competencia, sino también en el proceso de la toma de decisión que se desarrolla en las investigaciones realizadas.

Un avance importante dado con relación a este principio, ha sido la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia, consagrado como un organismo independiente del poder político. En tal sentido, la nueva legislación argentina sancionada en 1999, prevé la constitución de dicho organismo, estando a la fecha en marcha el proceso de selección de los jueces que lo integrarán.

Por ello, es que la República Argentina estima conveniente enfatizar la importancia de que en el caso de la práctica de la defensa de la competencia, el principio de transparencia se extienda de la esfera típicamente formal de publicidad de la legislación y los actos de gobierno, al proceso investigativo por el que sustancian las resoluciones, permitiendo su seguimiento a los sectores potencialmente afectados de modo directo (consumidores y/o competidores), así como también la necesidad de que la autoridad de aplicación cuente con la debida independencia a lo largo de todo el proceso de toma de decisiones.

Con relación al principio de no discriminación, el mismo se encuentra ampliamente comprendido en sus dos aspectos:

i) no discriminación conforme a la naturaleza económica de los sujetos investigados, lo que se concreta en la ausencia de exclusiones o exenciones de la aplicación de la legislación de competencia, sean estas referidas a tipo de actividad económica, tamaño de las empresas, etc., y

ii) no discriminación conforme a la nacionalidad u otra condición jurídica de los sujetos investigados, lo que se concreta en que cualquier persona de derecho público o privado, individual o colectiva, de cualquier nacionalidad puede denunciar una conducta y solicitar a la autoridad el inicio de una investigación, así como también ser consultada durante una investigación y aportar información de motu propio y en que la práctica investigativa de la autoridad de competencia, no tiene en cuenta la nacionalidad de las empresas o de sus inversores, ni la forma jurídica en que las empresas se organizan (sociedades anónimas, cooperativas, empresas unipersonales, etc.), ni el tipo de propiedad (pública o privada) al momento de evaluar los efectos anticompetitivos de su accionar en el mercado y las posibles sanciones que pudieran corresponder.

Por ello, corresponde enfatizar en relación al principio fundamental de no discriminación a recogerse en un futuro acuerdo multilateral de defensa de la competencia que la autoridad de competencia argentina es neutral frente a la nacionalidad de los sujetos que investiga y que, consecuentemente, en todas sus investigaciones, sean estas sustanciadas conforme a la legislación nacional o a la legislación MERCOSUR, dicho principio será debidamente respetado.

Asimismo, debe decirse que en la práctica la aplicación del principio de no discriminación, tal como es receptado en la legislación argentina, implica que la autoridad de competencia cuente con la información necesaria llevar a cabo investigaciones sobre todos los sectores de la economía, regulados y no regulados, de producción primaria, industrial o de servicios y sobre todo tipo de empresas (grandes y pequeñas, nacionales y extranjeras) tanto a los efectos coercitivos (sanción de prácticas anticompetitivas) como preventivos (control de fusiones y adquisiciones).

Por ello, las investigaciones son altamente demandantes de la información y la cooperación de todos los actores que convergen en los mercados afectados y adyacentes, así como también de expertos privados o gubernamentales en el sector o industria en cuestión, los que conforme al principio de no discriminación y transparencia tienen asegurada plena libertad en su intervenciones.

Asimismo, esta amplia actividad que desarrolla la autoridad de competencia, importa la búsqueda permanente de una estrecha vinculación de la agencia de competencia con los entes de gobierno que regulan sectores económicos específicos, con las agencias competentes en la definición y protección de los derechos de propiedad intelectual y con las autoridades de competencia de la región y del mundo.

Finalmente, en cuanto a la equidad procesal, o principio de debido proceso, el mismo es receptado en la práctica de la defensa de la competencia en la Argentina, ya que la misma se realiza por los cauces formales que regulan toda la actividad procedimental de los actos de gobierno y existen la instancia de revisión independiente judicial de los actos de la autoridad de competencia.

Por ello, se enfatiza que, si bien cada investigación se realiza caso por caso debido a su especificidad económica, la misma se lleva a cabo en los marcos de procedimientos legales formales preestablecidos que garantizan la equidad procesal y evitan, de tal modo, cualquier arbitrariedad que pueda surgir de la metodología casuística aplicada.

La sanción de carteles intrínsecamente nocivos

En primer término debe decirse que conforme a la legislación argentina la evaluación de todas las conductas anticompetitivas debe realizarse de acuerdo al principio de la regla de la razón, lo que importa una evaluación caso por caso atendiendo a la verdadera naturaleza de los actos o conductas y acuerdos, observando a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan (principio de realidad económica).

También el futuro régimen de defensa de la competencia del MERCOSUR también ha receptado el principio de la regla de la razón como directriz fundamental para la investigación de las conductas anticompetitivas.

En consecuencia, ni la legislación argentina, ni el futuro régimen regional de defensa de la competencia contemplan la prohibición “per se” de carteles sean estos locales o internacionales.

Adicionalmente, la legislación argentina al presente no cuenta con un régimen explícito de leniency aplicable a la investigación de carteles, aunque han existido casos en los que la autoridad de competencia graduó las sanciones conforme al grado de cooperación que mostraron las empresas. Por otra parte, la reglamentación del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR también ha incluido la posibilidad de graduar las sanciones, de acuerdo al grado de cooperación de los denunciados.

No obstante, la República Argentina podría estudiar la introducción de una modificación de la legislación vigente en aras de introducir reglas per se contra los carteles intrínsecamente nocivos, siempre que, a nivel multilateral, el grupo de expertos convenga en que dicha provisión constituiría la forma más adecuada para el tratamiento de los mismos, habida cuenta que dicha práctica afecta notablemente a los países en vías de desarrollo.

Modalidades de cooperación voluntaria

La autoridad de competencia de la República Argentina tiene interés en que se estudien los beneficios que podrían derivarse para los países en desarrollo de establecer un acuerdo multilateral que incluya modalidades de cooperación voluntaria entre las autoridades de competencia tales como disciplinas relativas a la notificación, el intercambio de información y cortesía negativa y positiva.

En principio, se entiende que dichos instrumentos podrían ser valiosos por cuanto, con la creciente globalización de los mercados y los procesos productivos, los mercados de los países en desarrollo suelen ser negativamente afectados por decisiones que las firmas multinacionales toman fuera de sus fronteras y no siempre se cuenta con los instrumentos jurídicos necesarios para minimizar dicho impacto.

Si bien hasta el presente se suele contar con mecanismos informales de cooperación a tal efecto, la formalización de los mismos podría mejorar la defensa de la competencia en los países en desarrollo y, consecuentemente, incrementar los beneficios del régimen multilateral de comercio.

Asistencia técnica y creación de capacidad

El pasado año la Argentina fue sede de la "Reunión Regional sobre el Rol de la Política de Competencia en la Protección del Consumidor y en el Fortalecimiento de la Competitividad de la Pequeñas y Medianas Empresas" de la UNCTAD, habiendo estado a cargo de las autoridades de competencia nacionales la logística local del evento que reunió a expertos de la Comunidad Europea, los EE.UU. y de varios países de Latinoamérica.

El encuentro sirvió para alertar, dentro del sector público y privado y en particular a funcionarios de otras áreas de gobierno como defensa del consumidor, transporte, comercio exterior, relaciones internacionales, etc., así como también a asociaciones locales de consumidores, sobre el perjuicio que, para los países en vías de desarrollo importan los carteles internacionales intrínsecamente nocivos y la importancia de la cooperación multilateral para lograr combatirlos efectivamente.

Por otra parte, durante el transcurso del año 2001, la autoridad de competencia argentina ha recibido la visita de expertos de la FTC y el DOJ de los EE.UU, así como también de la Comunidad Europea que han dictado seminarios y conferencias sobre metodologías de investigación, que han devenido, no sólo en el incremento de las capacidades investigativas sino también, indirectamente, contribuyendo a lograr la convergencia de nuestra agencia hacia las mejores prácticas internacionales.

Asimismo, funcionarios de la autoridad de competencia argentina participaron de la última Reunión de Expertos Gubernamentales para la revisión de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia de las Naciones Unidas (Ginebra, febrero de 2003), lo que ha sido de mucha utilidad a los fines de conocer los distintos regímenes de competencia vigentes en el mundo y los desafíos que importará lograr un acuerdo multilateral sobre defensa de la competencia.

Adicionalmente, la República Argentina ha sido seleccionada como sede de la próxima reunión (junio de 2003) regional del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre

Competencia y Comercio de la OMC, otra actividad que será de vital importancia en aras de incrementar las capacidades de las autoridades de competencia, en este caso, de los países de Latinoamérica.

En base a la experiencia descrita, Argentina entiende que es importante desarrollar este tipo de actividades que creen espacios de discusión y capacitación entre las distintas autoridades de competencia de los países Miembros, así como también con los gobiernos que estén evaluando constituir autoridades de competencia, como modo de creación de las capacidades necesarias para la obtención del adecuado conocimiento para evaluar la conveniencia de un arreglo multilateral sobre políticas de competencia, conforme al párrafo 24 de la Declaración Ministerial de Doha.

Al respecto, se sugiere que esta nutrida agenda de intercambio de experiencias y conocimientos, a la que sustantivamente contribuyen entidades como la UNCTAD y la OECD se profundice en el caso de que se acuerde un régimen multilateral de defensa de la competencia, en aras de la consolidación de la cooperación internacional para sancionar las prácticas empresariales que distorsionan los mercados y que menoscaban las ganancias del intercambio comercial, y del accionar de las autoridades de competencia.

Finalmente, se enfatiza la autoridad de competencia de la Argentina considera importante recibir de parte de dichas organizaciones y de los países más desarrollados, todo tipo de asistencia técnica tanto para la creación de las capacidades necesarias para evaluar la conveniencia de un arreglo multilateral en materia de competencia, como para fortalecer el accionar de la agencia en la prevención y sanción de prácticas anticompetitivas, de modo tal de lograr que no se menoscaben por esa causa los beneficios obtenidos del sistema multilateral de comercio.

Section II

Bilateral and plurilateral agreements on competition

Presentations Power Point

- 2.A. Cooperation Agreements in the field of Competition
Antonio Gonzalez Quirasco, Federal Competition Commission (CFC), Mexico 114
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200382a.ppt>
- 2.B. Bilateral and Plurilateral Cooperation in Competition Cases
Russell Damtoft, Federal Trade Commission (FTC), United States 115
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200382b.ppt>
- 2.C. Competition Policy in Bilateral and Plurilateral Agreements: involvement of Member States of the Caribbean Community
Ivor Carryl, Caribbean Community (CARICOM) Secretariat 116
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200382c.ppt>
- 2.D. Andean Community
Graciela Ortiz, Andean Community 117
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200382d.ppt>
- 2.E. Competition Policy in the Free Trade Area of the Americas
Santiago Cembrano, Director, Economic Integration, Ministry of Trade, Industry and Tourism, Colombia 118
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200382e.ppt>

Section III.
Continuing discussions on a possible Multilateral Framework on Competition

3.1.Relevance of WTO core trade principles and S&D for developing countries /

Principios básicos del comercio de la OMC y el Trato Especial y Diferenciado: aspectos relevantes para los países en desarrollo

James H. Mathis, (mathis@jur.uva.nl)
Department of International law, University of Amsterdam.

Introduction:

Part One deals with WTO core principles. Part Two treats S&D and development considerations for a multilateral competition policy framework (MCF)

Part I General Points

I.1 WTO as it applies to “private business behaviour” generally:

The WTO Agreements do not address themselves to private actors (firms), but rather to WTO Members (states). (An exception is TRIPS, which does require domestic law to address private behaviour for intellectual property, TRIPS, Art. 61)

WTO is a trade agreement. It does not require Members to create “contestable” or competitive markets for either domestic or foreign firms. A Member can have as “uncontestable” a market as it wishes, as long its regulations do not discriminate against imported goods. (level playing field)

WTO Members are not required to break up control domestic cartels or monopolies. Except:

to insure freedom of transit for foreign goods (GATT V),

to impose normal commercial trading behaviour upon its own created monopolies (state-trading/exclusive rights, GATT Art. XVII, GATS Article VII).

no protectionist charges for state-created monopolies as to tariff bindings (GATT Art. II.4)

I.2 WTO Rules as applied to laws: If there IS a competition law / if there is NO law

WTO law distinguishes between rules upon **importation** / **exportation** and rules dealing with internal – as to **imported** goods, services/providers. (see figure 1 below)

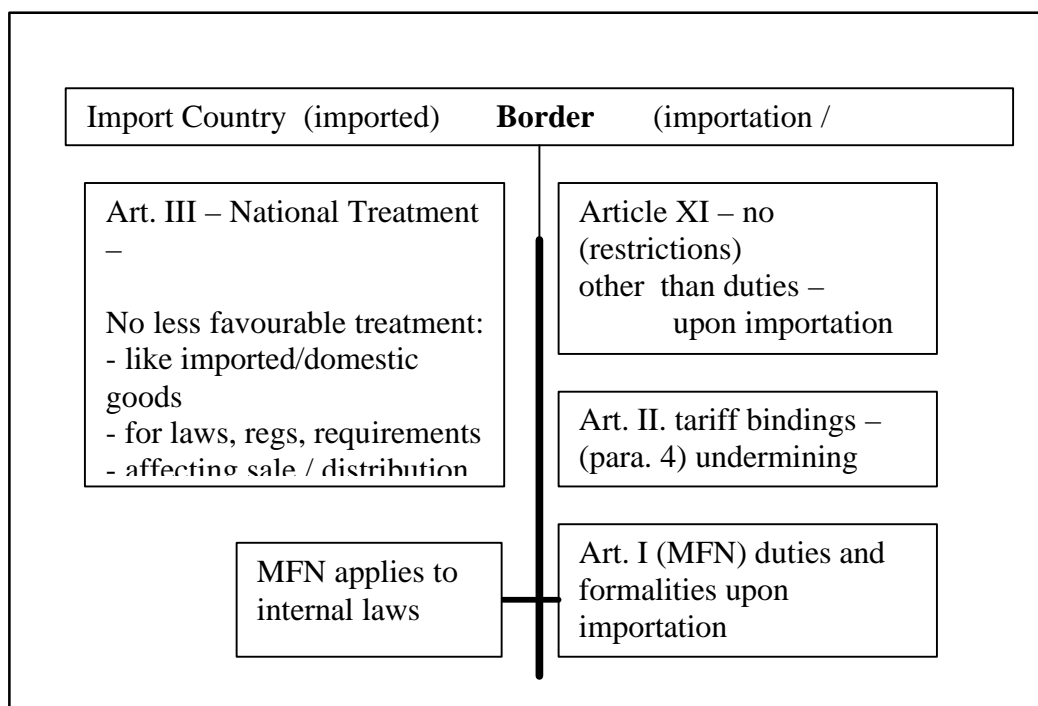
Competition laws are “internal”

Only WTO rules dealing with imported goods/services apply to competition laws. When WTO rules apply, then they apply differently for goods then for services.

No competition law? Then WTO’s “internal” rules do not apply.

WTO Importation/exportation rules apply *whether or not* there is a competition law, but only to actions taken by the state, not by private firms.

Figure 1: GATT treatment of importation as compared to imported goods:



II. Importation Rules

II.1 Rules for the goods in the GATT

GATT Article XI. *General Elimination of Quantitative Restrictions*

“ 1. No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the **importation** of any product of the territory of any other contracting party or on the **exportation** or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party. “

The existence or absence of a competition law does not change a Member's obligation to avoid measures other than duties. This is a general obligation.

BUT, A Member has no obligation to seek out internal private cartels/monopolies affecting imports or exports. A Member may passively “condone” domestic cartels/monopolies affecting trade.

The line between “condoning” private import/export restraints and “inducing” restraints determines whether the Member violates Article XI.

Japan Semi-conductor (GATT panel) case. This is seen as a “but/for” test.

First, *sufficient incentives or disincentives* existed for non-mandatory measures to take effect.

Second, the measure(s)... *was essentially dependent* on Government action or intervention...

“The Panel considered that if these two criteria were met, the measures would be operating in a manner equivalent to mandatory requirements such that the difference between the measures and mandatory requirements was only one of form and not of substance, and that there could be therefore no doubt that they fell within the range of measures covered by Article XI.1”

A broader standard was applied in *Kodak-Fuji* (WTO panel) Case to include a *co-operative* element:

“(W)e also consider it conceivable, in cases where there is a high degree of co-operation and collaboration between government and business, e.g., where there is substantial reliance on administrative guidance and other more informal forms of government-business co-operation, that even non-binding hortatory working in a government statement of policy could have a similar effect on private actors to a legally binding measure or what Japan refers to as regulatory administrative guidance.”

One WTO panel, *Argentina – Bovine Hides*, treated the question of what government action is required to tie state responsibility to an existing domestic cartel in respect to restraint of exports.

“11.51 In our view, it is possible that a government could implement a measure which operated to restrict exports because of its interaction with a private cartel. Other points would need to be argued and proved (such as whether there was or needed to be knowledge of the cartel practices on the part of the government) or, to put it as mentioned above, it would need to be established that the actions are properly attributed to the Argentinean government under the rules of state responsibility. But we have not reached that stage here. It may be the case that it will be difficult for one Member to prove that there is a cartel operating within the jurisdiction of another Member. Nonetheless, we cannot ignore the need for sufficient proof of a party's allegations simply because obtaining such proof is difficult.”

Conclusion on GATT rules for importation/exportation

Where there is no competition law, the rules on importation still apply.

Importation / exportation rules likely apply where the state operates (controls) a monopoly or cartel

II.2 Importation rules for services in the GATS

Quotas are lawful under GATS. GATS has no priority as between border tariff and non-tariff measures. No comparable to GATT article XI. Quota restrictions on imports and exports of services are freely permitted.

On a GATS market access commitment as to sector and mode of supply, (GATS Art. XVI), all importation measures are to be eliminated except as conditioned on the schedule.

GATS Article VIII does compare (mimic) GATT Article XVII for state monopolies. Titled *Monopolies and Exclusive Service Suppliers*. Paragraph 1 of this Article requires that each member shall ensure that a monopoly supplier of a service does not act contrary to Article II (most-favoured nation) or as to other specific commitments. “Authorisation” of a small number of suppliers or preventing competition in the market. A GATS general or specific obligation must be affected.

A slightly broader reach to the internal market is found in GATS, as compared to GATT with GATS Article IX. Titled, *Business Practices*, whereby the Members are obliged to consult with a view to eliminating certain business practices that, “may restrain competition and thereby restrict trade in services.” GATT has no comparable Article. This Article appears to apply whether or not a country has a competition law.

Even more extensive reach provided in Basic Telecoms Reference Paper (sectoral).

II.3 Rules For Trade Related Intellectual Property (TRIPS)

TRIPS rules on importation are limited to requiring Members to have procedures to prevent the importation of counterfeit goods. (TRIPS Articles, 51-60)

III. WTO Rules on imported Goods/Services – When a country HAS a competition law (national treatment rules)

GATT National Treatment. Article III imposes “equality of competitive conditions” for all imported goods as compared to “like” domestic products. (see attached articles for text)

- Applies to any domestic law, regulation or requirement;
- that affects the sale, offer for sale, distribution of imported goods
- no less favourable treatment standard (no protection for like domestic production)

GATS (services) National Treatment. Article XVII imposes “equality of competitive conditions” for foreign services and providers, but ONLY after a market access commitment as been made, (and subject to reservations).

If there is **no** law, there is no application for national treatment.

If there is a law, Article III fully applies as a general obligation. GATS Article XVII applies in the same way, but after a market access commitment has been made.

Q: Is importation required prior to making a complaint on national treatment? - NO.

The underlying policy:

For GATT, to eliminate domestic **protectionism** except by the use of a tariff duty.

For GATS, to eliminate domestic **protectionism** after market access is committed.

What constitutes a “law, regulation or requirement, or measure”?

See Kodak/Fuji measures. Government circulars indicating administrative guidance and assistance can be a requirement.

WTO national treatment rules as the law stands.

- National Treatment applies to competition law and policies, both *de jure* and *de facto*

De jure meaning: difference in treatment on the basis of origin is stated in the law/requirement

De Facto meaning: facially neutral law has the effect in application of having a negative (disparate) impact upon the “like” goods, services or providers. Formally identical treatment violates national treatment if it modifies the conditions of competition in favour of domestic goods, services or providers.

- Exemption/exclusion *stated* in national law or as a requirement can be considered to be a part of the domestic law. Therefore, de facto national treatment rules apply.

Distinguish between the complete absence of a law as compared to a stated exclusion provided within a competition law or by secondary legislation.

Does the exclusion treat directly competitive and substitutable products or services? (ex: exclusion for coffee, no exclusion for tea)

Is the exclusion addressed to a state authorised monopoly that controls imports or exports of goods or services?

Would an exclusion for small and medium enterprises violate national treatment *de facto* ?

Does the exclusion render it impossible for any foreign provider to form a similar restrictive arrangement?

- A law, regulation, requirement or measure can have elements reaching to both goods and services. Ex. a distribution requirement can affect both the sale of goods and the provision of services.

Part II : Elements for a development-friendly multilateral framework

Introduction:

Recognised S&D elements include

- timing for implementation, longer deadlines
- “best efforts” to consider developing country interests
- legal basis for actual market access preferences (GSP)
- certain rights to modify market opening commitments by developing countries (infant industry, GATT XVIII)
- difference in obligations as to developing and lesser developed.

conflicts between development interest and competition policy appear to arise as a matter of government priorities as employment, investment, industrial, social policies are viewed more important than competition policy in certain cases, and varying country to country.

-Competition is understood to promote development.

-A purely “efficiency based” competition law would not recognise these other social / economic priorities

-developed countries also state non-efficiency objectives in their competition policies.

Including non-efficiency objectives in a law provides a signal (and a legal basis) for directing under what circumstances the law will yield (give way by exemptions or exclusions) to other policies.

Establishing S&D also as a core principle in a multilateral competition policy framework has been suggested in a number of WGTCP submissions.

- what would it mean, how would it be reflected in an actual text, and how would it be given legal effect?

Consider the development dimension on these following aspects:

I. National treatment / exemptions and exclusions

II. Prohibition and Co-operation

I. National Treatment / exemptions and exclusions

National treatment does not allow favouritism for domestic goods/services as compared to imported goods/services. A finding of favouritism causes a “violation” of national treatment.

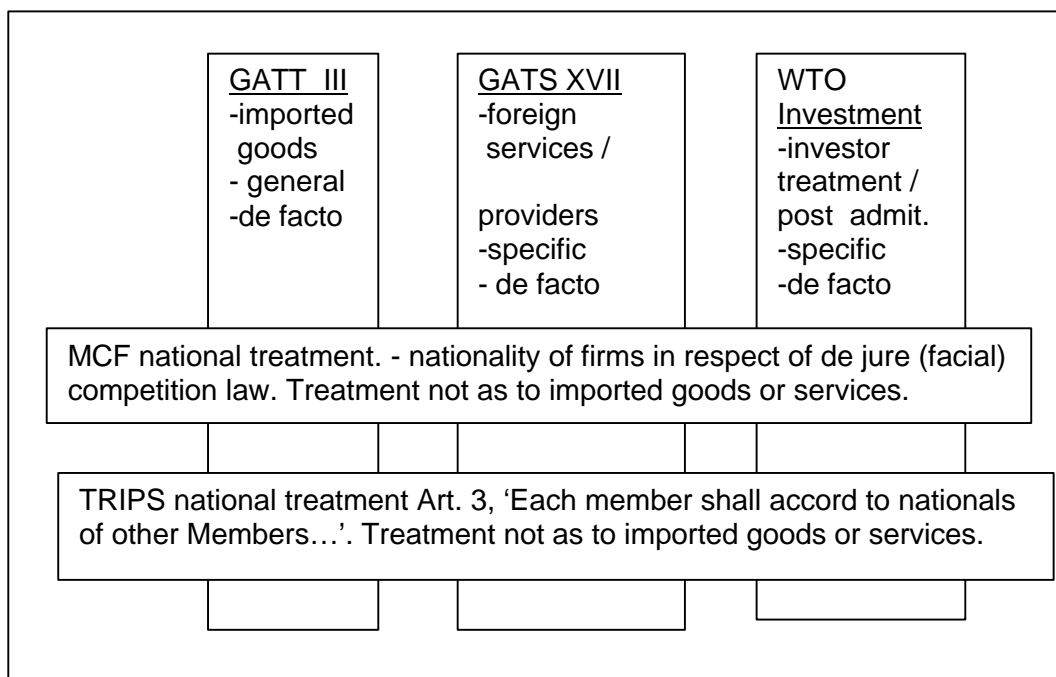
What happens upon a violation? Violating party must raise a stated **exception**.

- All exceptions available are those listed in GATT or GATS general exceptions, i.e., protection human health, public morals, conservation natural resources, etc.
- Justification for an exception requires a burden shift to the respondent member, i.e., member who wishes to grant more favourable treatment to domestic to demonstrate that the stated exception applies.
- There are no exceptions stated for S & D as to national treatment. (Art. III GATT has exceptions for producer subsidies and government procurement.)

The EC proposal limits national treatment application for national competition laws

- the provision would be **narrowed** to apply only to de jure cases.
 - “disparate effects” by individual decisions would not be actionable
 - would eliminate complaints on de facto discrimination as to exemptions/exclusions
- the provision would be **broadened** to apply to firms on the basis of nationality
 - no longer “trade-related” national treatment
 - importation would not be a condition for goods, services, or investment
- State action by law, regulation or requirement would still be required.

Relation of MCF national treatment to existing national treatment provisions: (figure 2)



Consider the development implications of this national treatment proposal.

- no de facto, so individual case determinations are “out of play”.
- However secondary legislation and notices governing policy may be considered de jure. Thus, no facial indication of domestic favouritism as to the application of the law as to “types” of cases or sectors.
- broader national treatment as to nationality of firms. Provides treatment of domestic restrictive practices whether or not goods, services or providers are “traded.”
- For GATS this means non-discriminatory treatment as to firms whether or not commercial presence commitment has been made.
- Compare TRIPS national treatment, which is also not trade related.

Treatment of exemptions/exclusions

This aspect also relates to national treatment proposal. All exclusions are permitted with notice and transparency, developed and developing countries

- Most exclusions not likely de jure violations.
- Would apply both to developed and developing. Agriculture as de jure exclusion?

II. Prohibition and co-operation aspects.

The stated prohibition against international hard core cartels appears as trade related.

- The proposed prohibition does not apply to monopolies

- Domestic enforcement is provided for by competition laws. Treatment of effects upon local markets is insured by obligation to have competition law subject to core principles.

“Export considerations” are treated by voluntary co-operation. No extension of bilateral positive comity co-operation, and MFN does not apply

Legal obligation to terminate international (export) cartels under international law prohibition is not clearly stated nor settled.

III. Framework alternatives targeted to S&D development considerations

1. Narrow the framework to deal only with trade-related aspects within each annexed agreement, imports and exports.

- treat services and investment later as to each separate annexed agreement. No horizontal framework.
- quid pro quo on prohibition. Eliminate legality of export cartels or monopolies which affect the trade of another member.
- Confirm previous practice. EC Treaty “affecting trade”, Havana Charter “affecting trade”, UN Set, “undermining effects of trade liberalisation.

2. A “stated exemption” approach

- Preamble to state non-efficiency objectives, such as: regional integration, small and medium, domestic market participation, cultural/ethnic affirmative action, distressed area development, infant industry, environment, etc...
- A framework exemption Article has negotiated criteria and governs flexibility
 - EC Art. 81(3) exemption example – criteria is applied by regulations, notices and decisions regarding block and individual exemptions.
 - Member has a right to apply the stated criteria for exclusions and for individual decisions on agreements
 - burden remains upon complainant to show abuse of criteria

IV. Conclusion. Summary of alternative approaches

The alternative tend to turn on the issue of binding or non binding. If non-binding, then does WTO have to be the forum at all. Reference on this is made to the non binding UNCTAD set, which some countries tend to favour as a basis for any agreement.

- code of conduct. no requirement to have laws, but laws follows certain guidelines (core principles). This is like the TBT approach
- Variation on code of conduct. A voluntary harmonisation around certain core principles until a later time when all countries agree to negotiate a framework (5-10 years)

- Scheduling approach. Like the GATS, elements added by commitment as to sectors and national treatment. Variation is “sectoral” as in the Telecoms reference paper
- A domestic enforcement regime approach (like the EC proposal) but with a stronger quid pro quo on export cartel treatment. This follows from a prohibition on international cartels/monopolies affecting trade. Thus, extend prohibition to monopolies and developed countries (perhaps in OECD) take more responsibility for external trade affects.
- A more narrow trade – related approach. National treatment only as applied within existing GATT and GATS context, i.e., “trade related”. Prohibition to relate also to trade restrictions, more government responsibility to deal with export cartels.
- Negotiated exemption approach. A framework negotiated to recognise the criteria that incorporates S & D considerations (non – efficiency objectives of competition policy). for example, see WTO Subsidies agreement criteria for non-actionable subsidies.

Annex I

WTO Provisions

GATT Article II.4

4. If any contracting party establishes, maintains or authorizes, formally or in effect, a monopoly of the importation of any product described in the appropriate Schedule annexed to this Agreement, such monopoly shall not, except as provided for in that Schedule or as otherwise agreed between the parties which initially negotiated the concession, operate so as to afford protection on the average in excess of the amount of protection provided for in that Schedule. The provisions of this paragraph shall not limit the use by contracting parties of any form of assistance to domestic producers permitted by other provisions of this Agreement.*

GATT Article III.4

4. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product.

GATT Article XVII para. 1, *State Trading Enterprises*

1.* (a) Each contracting party undertakes that if it establishes or maintains a State enterprise, wherever located, or grants to any enterprise, formally or in effect, exclusive or special privileges,* such enterprise shall, in its purchases or sales involving either imports or exports, act in a manner consistent with the general principles of non-discriminatory treatment prescribed in this Agreement for governmental measures affecting imports or exports by private traders.

GATS Article VIII, *Monopolies and Exclusive Service Suppliers*

1. Each Member shall ensure that any monopoly supplier of a service in its territory does not, in the supply of the monopoly service in the relevant market, act in a manner inconsistent with that Member's obligations under Article II and specific commitments.

2. Where a Member's monopoly supplier competes, either directly or through an affiliated company, in the supply of a service outside the scope of its monopoly rights and which is subject to that Member's specific commitments, the Member shall ensure that such a supplier does not abuse its monopoly position to act in its territory in a manner inconsistent with such commitments.

3. The Council for Trade in Services may, at the request of a Member which has a reason to believe that a monopoly supplier of a service of any other Member is acting in a manner inconsistent with paragraph 1 or 2, request the Member establishing, maintaining or authorizing such supplier to provide specific information concerning the relevant operations.

4. If, after the date of entry into force of the WTO Agreement, a Member grants monopoly rights regarding the supply of a service covered by its specific commitments, that Member shall notify the Council for Trade in Services no later than three months before the intended implementation of the grant of monopoly rights and the provisions of paragraphs 2, 3 and 4 of Article XXI shall apply.

5. The provisions of this Article shall also apply to cases of exclusive service suppliers, where a Member, formally or in effect, (a) authorizes or establishes a small number of service suppliers and (b) substantially prevents competition among those suppliers in its territory.

GATS Article IX, Business Practices

1. Members recognize that certain business practices of service suppliers, other than those falling under Article VIII, may restrain competition and thereby restrict trade in services.

2. Each Member shall, at the request of any other Member, enter into consultations with a view to eliminating practices referred to in paragraph 1. The Member addressed shall accord full and sympathetic consideration to such a request and shall cooperate through the supply of publicly available non-confidential information of relevance to the matter in question. The Member addressed shall also provide other information available to the requesting Member, subject to its domestic law and to the conclusion of satisfactory agreement concerning the safeguarding of its confidentiality by the requesting Member.

GATS Article XVII, National Treatment

1. In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.¹

2. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers.

3. Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.

¹Specific commitments assumed under this Article shall not be construed to require any Member to compensate for any inherent competitive disadvantages which result from the foreign character of the relevant services or service suppliers.

Annex II.

Selected WTO Member WGTCF Submissions (extracted)

Note: These submissions are selected as being instructive as responsive to the EC proposal, with an emphasis on national treatment issues, non-efficiency objections, the prohibition, and trade-related aspects.

India WT/WGTCF/W/216 26 September 2002

3. Second, national treatment is designed to support trade liberalization, which is desirable because it is believed to be on the whole beneficial to the participating countries. This is because the bulk of world trade taken aggregatively is in products produced under competitive conditions. Competition policy, however, is by definition concerned with imperfect competition, where the presumption in favour of free trade is much less clear cut. It is now widely recognized that although there is a theoretical case for optimal trade interventions (tariffs and subsidies), the information requirements for such "strategic trade policy" are prohibitive. However, the same caveat does not apply to competition policy in respect of mergers and cartels, which obviously have very different welfare effects on different countries, depending on where the producers and consumers are located. This has led to conflict between the competition authorities of major advanced countries, for example in the Boeing/McDonnell Douglas merger, and has encouraged antitrust cooperation between them to minimize such conflicts in future. Such cooperation is likely to be mutually beneficial on average for industrialized countries, since for a large enough number of such competition cases, the affected producers and consumers are distributed across both jurisdictions. However, developing countries have very few products that are exported under conditions of imperfect competition, but they have to deal with oligopolistic market structures in respect of imports and inbound foreign direct investment. They are thus likely to be predominantly on the losing side of mergers and RBPs with cross-border effects, and have little to gain from the application of the NT principle in the competition law of developed countries. **Until such time as developed countries are willing to consider the impact of mergers on consumers in foreign countries, to rescind the exemption of export cartels in their competition laws, to give serious consideration to enforcing the UNCTAD Set of measures to control RBPs, and to extend the benefits of "positive comity" in competition law enforcement to developing countries, the latter will have to retain the right to challenge foreign mergers and RBPs that have an effect on domestic consumers.**

4. At the same time, partly as a result of concessions made in multilateral trade negotiations, developing countries are undergoing a process of structural transformation in which many industries are being exposed for the first time to international competition. While there may be benefits from the downsizing and even elimination of uncompetitive industries, there is also a case for orderly restructuring, involving mergers and perhaps rationalization cartels, which have been practised in many developed countries. The need for such measures is, if anything, greater in developing countries. Given their imperfect land, labour and capital markets, these resources cannot be easily transferred to new activities. Although many developing countries, including India, are trying to reform these markets in order to impart greater flexibility to their economies, such institutional reforms are obviously far more difficult than simple trade liberalization. A relatively liberal treatment of mergers and cartels involving domestic firms would prevent the wastage and under-utilization of scarce resources, at least until arrangements are made for their redeployment in other activities.

**Thailand WT/WGTCP/W/213/Rev.1
26 September 2002**

Core Principles

1.1 Thailand believes in the principles of non-discrimination, transparency and due process. We believe that the administration and enforcement of a competition law should be subject to these principles in order to guarantee effective enforcement and fair treatment to all parties involved. We recognize that the lack of transparency, the absence of due process and discrimination in the administration and enforcement of the law can seriously hamper the attainment of fair competition in the market. However, in compliance with the spirit of the Doha Declaration, various needs and constraints faced by developing countries will have to be taken into account. We, therefore, propose that "special and differential treatment" constitutes the fourth element of the core principles for competition policy.

1.2 In addition, we are of the view that the approach taken to define these core principles thus far is fundamentally flawed in that the focus has been on the "domestic trade" rather than "cross border trade". This appears odd given that this working group's mandate is to examine the interaction between trade and competition policy. For example, non-discrimination has been used interchangeably with "national treatment", which refers to equal treatment between foreign and domestic firms operating within a domestic market. This is certainly a view that would serve the interest of those with significant overseas investment that would like to ensure access to the host countries' markets. Most developing countries, however, are importers and exporters, rather than investors. Thus, we propose that priority of the core principles be given to tackling unfair practices in cross border trade, rather than in domestic trade, that have not yet been dealt with in the WTO.

Non-discrimination

2.1 In Thailand's view on non-discrimination, a competition law should not *discriminate between export and non-export firms*. That is, if bid-rigging and price or quantity-fixing agreements are prohibited in the national competition law, export cartels should be subject to the same provisions. We believe that the use of export cartels as a strategic trade policy to extract "rents" from foreign countries is unacceptable. A vast number of research reports show that most of these cartels are large companies and that there is little or no efficiency justification for their collusive practices. Export cartels – be they national or international -- represent unfair trade practices that are potentially damaging to developing countries' economies in that they work against our terms of trade. With subsidies, developing countries earn less for their exports, while with cartels, they pay more for imports. Why is it that we have rules against selling goods at too low a price (dumping), but no rules against excessive pricing? If the Doha Declaration is truly a development agenda, then unfair cross-border trade, not unfair domestic trade, should be given priority.

**South Africa WT/WGTCP/W/220
5 November 2002**

In summary, the Act specifically permits discrimination in favour of small and medium-sized enterprises and firms owned by historically disadvantaged persons. It does not, however, countenance discrimination against any class of business or person. A transaction involving a foreign-owned firm or firms will be evaluated against the same set of criteria, including its impact on public interest, as that used when one or both of the firms in question are South African owned. If, however, a South African owned firm involved in a transaction is also owned by historically disadvantaged South Africans then that fact may influence the outcome of the overall evaluation - negatively, if the transaction undermines the ownership stake of historically disadvantaged persons, positively if it promotes that interest. By the same token, a firm owned by historically disadvantaged persons may apply for an exemption from the

application of the Act on the grounds that the exemption is required to promote its competitive position - if the authorities are persuaded of this then they may grant the exemption. A foreign owned firm or a firm owned by white South Africans may argue for an exemption on the grounds that the anti-competitive practice in which they intend to engage is required to promote the competitiveness of suppliers or distributors or otherwise associated firms that are owned by historically disadvantaged persons. Note that since few small and medium-sized enterprises or firms owned by historically disadvantaged persons are likely to be dominant in their respective matters their conduct is unlikely to fall foul of the provisions of the Act that proscribe anti-competitive. Nor are mergers in which these firms participate likely to lead to a substantial lessening of competition.

Hong Kong China WT/WGTCP/W/224 5 March 2003

5. Since Doha, this Working Group has examined in depth the various core principles listed in paragraph 25 of the Declaration. Past discussions have fully demonstrated that the practical implications of implementing these principles could be very different for different Members. To name a few examples, many Members have horizontal (e.g. statutory monopolies, small and medium enterprises (SMEs), Research and Development agreements, efficiency enhancing measures and other efficiency enhancing arrangements) or sectoral (e.g. agriculture and petroleum) exemptions or exceptions in their competition laws and/or policies. These exemptions and exceptions may not be fully consistent with the principle of non-discrimination, particularly in respect of national treatment. Developing Members, in particular, may have provided for exemptions or exceptions in their competition policy in view of other overriding economic, industrial or developmental policies. Therefore, certain elements of non-discrimination, if included as obligations under a possible MFC, may cause difficulties for some Members.

14. In the light of the above and in recognition of the diversity among Members of social and economic development levels, differences in scope and emphases of competition policy, different choices of implementation instruments, and variations in legal traditions, sufficient flexibility has to be incorporated into any possible MFC to make it workable and acceptable to the wide membership. Needless to say, even if a decision could be reached by explicit consensus on the modalities at MC5, the conclusion of any subsequent negotiations for an MFC would again hinge upon a consensus among the WTO membership on the outcome, i.e. the exact scope and coverage of obligations under the MFC.

15. As HKC sees it, flexibility can be built into both the "breadth" and "depth" of obligations. In terms of "breadth", obligations under different core principles or major issues can be divided into blocks of common and optional obligations. Common obligations could encompass *general obligations and disciplines* as well as any *best-endeavour provisions* (e.g. on the core principles and capacity building) that are to be subscribed by all Members. Optional obligations could include *non-binding guidelines or specific commitments* that are to be adopted by each Member individually and voluntarily. In our view, detailed elements under the core principles as well as other elements set out in paragraph 25 of the Doha mandate (i.e. hardcore cartels and voluntary cooperation) should be under this category. Individual Members are free to choose what optional obligations they agree to abide by and what specific commitments to undertake, when they are ready to do so. It provides adequate flexibility for Members to undertake specific commitments commensurate with their needs and circumstances, without impeding their pursuit of other domestic policy goals. This could also help minimise the compliance problems of Members, including those without horizontal competition laws.

16. Japan has suggested that in a possible MFC, a general rule could be worked out leaving the possibility to give a more detailed explanation or examples in the form of non-binding guidelines or a menu of options.² Moreover, the experience of the GATS Basic Telecommunications Reference Paper, which provides a set of regulatory principles/disciplines for basic telecommunications services, may serve a relevant reference. Members can choose to incorporate the Reference Paper with or without modifications in their Services schedules as additional commitments.

17. In terms of "depth", a consensus on a satisfactory outcome is only achievable by avoiding overly prescriptive and burdensome provisions that entail significant adjustments to domestic regimes. To address the concerns about onerous obligations and compliance problems, it is most important that any possible MFC should avoid prescribing the means through which relevant obligations are to be fulfilled by Members. It should focus on the ends, not the means. We have to accept the reality that the community of trading nations is very diverse with different domestic circumstances and levels of development. The appropriate means for implementing the obligations is therefore no better than left to a domestic policy decision by each Member. A Member should be free to choose how to apply a competition regime in a way that reflects its economic situation and development/policy objectives. In the circumstances, allowances have to be made for differences in domestic regimes provided they are not contradictory to or in conflict with the underlying consensus expressed in the fundamental WTO principles. The fact that GATT and GATS do not specify the means (legislative or otherwise) through which individual Members implement the fundamental WTO principles does not hamper the effectiveness of enforcement of such principles.

18. Where appropriate, flexibility such as transitional period should also be provided to address Member's concerns. In the end, a Member must be satisfied that its concerns have been adequately addressed and it will not have compliance problems before that Member could readily accept the final package of an MFC.

China: WT/WGTCP/W/227
14 March 2003

8. China's current Anti-Unfair Competition Law places domestic and foreign firms on an equal footing, thereby observing the principle of non-discrimination. We believe in the philosophy that the enforcement of competition law should reflect the competitive nature of the market as a whole. On the other hand, we have also noted and are very much concerned about the potential contradiction and conflict between competition policy and our industrial and development policy objectives. We believe that more flexibility is needed for developing countries in applying the principle of non-discrimination, the aspect of national treatment in particular, in their legislation on competition and the implementation thereof. This flexibility should also be reflected in any future multilateral framework on trade and competition policy.

9. The flexibility for developing members as provided in the existing WTO Agreements related to competition policy is inadequate. Due to the big gap and contrast between the developing countries and the developed ones in terms of economic systems, economic sizes, economic structures, levels of economic development as well as the sizes and competitiveness of various industries and enterprises, many specific de jure and de facto distinctions by the developing countries in the treatment offered to domestic enterprises as compared to that to foreign enterprises as referred to in the paper of the OECD will not be completely avoidable.

² See Japan's submission, WT/WGTCP/W/217, p. 2.

3.2. “INTERACCION ENTRE AGENCIAS DE COMPETENCIA Y REGULADORES SECTORIALES, EL CASO DE CHILE”

MARIO BRAVO RIVERA
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
CHILE.

1. INTRODUCCION

La defensa de la competencia toma un carácter fundamental en la transformación de una economía cerrada y sobrerregulada hacia una economía de mercado, que pretende maximizar la eficiencia económica. La regulación, entendida como aquella actividad del gobierno que afecta directamente el comportamiento de los agentes del sector privado con el fin de alinearlos con el interés público, puede ser pro-competitiva o restrictiva de la competencia. Por su parte, la desregulación no significa ausencia de normas, sino la instauración de nuevas reglas destinadas a crear las condiciones de competencia en un sector económico. De ahí que “tanto la regulación como la defensa de la competencia, son instrumentos de política pública cuyo objetivo es lograr que el resultado del funcionamiento de los mercados se asemejen al que surgiría de un proceso competitivo”³. Podemos decir que la regulación debe emular la competencia.

Como producto de la necesaria regulación de los servicios de utilidad pública privatizados, las agencias antimonopolio han ampliado su misión en las últimas décadas, desde la sola defensa de la competencia en mercados desregulados, hacia su crucial participación en la regulación de los servicios públicos (Derecho de la Creación o Promoción de la Competencia.), de acuerdo con su propia perspectiva, revisando, por ejemplo, decisiones importantes adoptadas por las agencias de regulación sectorial, participando, por vía jurisprudencial o administrativa, en la determinación del ámbito de facultades y el alcance de ciertas atribuciones de dichas agencias, e incluso, en algunos casos, convirtiéndose en reguladoras de última instancia, especialmente en temas tarifarios.

Es este contexto el que genera una estrecha relación entre agencias de regulación sectorial y sus normas y las de cautela de la libre competencia. Las primeras, son necesarias para estructurar los diversos sectores de servicios, en un ámbito de mayor liberalización del conjunto de la economía, con el objetivo, como señalábamos, de producir en términos más eficientes, lo que, en definitiva, debiera favorecer al consumidor. Pero, las normas y los organismos de cautela de la libre competencia resultan igualmente imprescindibles porque el comportamiento de las empresas en lo cotidiano puede poner en peligro el adecuado funcionamiento del mercado, mediante conductas anticompetitivas o monopólicas, aún en el caso de actividades que estén reguladas.

En general, se observa, tanto en Europa como en América Latina, que aspectos significativos del proceso de privatizaciones han sido los relativos a los servicios básicos (electricidad, el gas, los ferrocarriles, telefonía, banca, puertos, transporte y concesiones de obras públicas en general) y que es respecto de ellos, que las funciones reguladoras y de defensa de la competencia, han enfrentado desafíos más complejos.

El caso Chileno, se caracteriza por haber realizado una de las más profundas reformas de mercado, en donde las privatizaciones, la apertura comercial y financiera, han originado cambios estructurales en la economía del país. Pero más allá de los cambios de modelo económico, la experiencia de los organismos de defensa de la competencia chilenos constituyen una clave para entender, por ejemplo, los avances que nuestro sistema de

³ “El delicado equilibrio entre la regulación y la defensa de la competencia” Eduardo Montamat, en la V reunión de expertos de defensa de la competencia organizada por la UNCTAD, 3-4-5 de julio de 2002.

regulación de los servicios de utilidad pública han tenido a la hora de solucionar los escollos, que naturalmente, se han presentado en el avance del proceso de perfeccionamiento regulatorio, y que por cierto, no han concluido.

Los órganos de defensa de la libre competencia chilenos, esto es, la Fiscalía Nacional Económica, las Comisiones Preventivas Regionales y Central y, la Comisión Resolutiva, han colaborado con las diferentes agencias regulatorias sectoriales, orientando su accionar, ya sea a través del perfeccionamiento de la legislación particular de los servicios de utilidad pública, en la definiciones acerca de si existe concentración o monopolio, o en los procesos de tarificación.

El desempeño de las comisiones antimonopolio de Chile, en materia de regulación de mercados como el de telecomunicaciones, electricidad, sanitarias y otros, ha sido muy activo y destacado, de allí, entendemos, que el relato de la experiencia chilena puede justificar el aporte que se espera de nuestra intervención.

2. LA LIBRE COMPETENCIA Y LOS PROCESO DE DESREGULACION EN CHILE

La realidad diversa de cada país, sus características propias, su grado de desarrollo y los modelos económicos adoptados, determinan variantes en la forma de cómo se organiza la función reguladora del Estado. De manera que la implementación en cada país de tal función, así como la organización y asignación de responsabilidades en los diversos entes, depende de sus particulares enfoques, así como de la magnitud y complejidad de los sectores en que la regulación recae. Consideraciones inadecuadas de la realidad nacional y particulares características de los sectores regulados, conspiran contra la efectividad de la actividad reguladora.

La nueva política de libre mercado que vino a poner término al tradicional régimen de proteccionismo estatal, a la que se sumó Chile a partir de los ochenta, se tradujo en liberalización comercial, privatizaciones y desregulación, enfrentó entre sus objetivos prioritarios, la necesidad de introducir y mantener la competencia efectiva en los mercados. Así, el sector privado ha pasado a ser el proveedor por excelencia de los servicios de utilidad pública, tarea que con anterioridad desarrollaba en gran medida el Estado. Como contrapartida, este último, ha ido centrando su labor en la provisión de una adecuada regulación, en la promoción de la competencia y en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. En otros países, dictar normas de defensa de la libre competencia y de regulación de esos servicios constituyó un complemento de las políticas de liberalización.

Sin embargo, en Chile la situación presenta ciertas características, que entendemos han de destacarse. En primer término, debemos señalar que, a diferencia de otras experiencias en que la privatización de los servicios de utilidad pública vino acompañada de la respectiva regulación sectorial, y que posteriormente, a medida que emergían las imperfecciones de la regulación, surgía la legislación antimonopolio, en Chile, ya antes del proceso de privatización y de la respectiva regulación sectorial, existía una legislación antimonopolios, con un haber jurisprudencial y doctrinario, que aún cuando precario, determina la diferencia que entendemos presenta nuestra experiencia en materia de relaciones entre agencias regulatorias y órganos de la competencia.

En efecto, ya en 1959, se dictó la primera legislación antimonopolio⁴, siguiendo un movimiento de sucesivas leyes de fomento y protección de la competencia que se

⁴ Ley N° 13.305, de 6 de abril de 1959.

desarrollaban en Europa⁵ y que sólo algunas adelantadas naciones de nuestro continente habían concretado⁶, por la que en la realidad económica chilena, desde esa década, está implícita la noción de que los mercados asignan más eficientemente los recursos. Esto que señalamos, entendemos que no necesariamente ha formado parte de la experiencia común de Europa y de buena parte de América Latina.

No obstante que esta legislación originaria de la protección de la libre competencia, tuvo que enfrentar las corrientes intervencionistas del Estado durante la década de los 60 y 70, entregó ciertos lineamientos que entendemos reforzó el espíritu emprendedor y aperturista que la economía chilena siempre ha detentado, quizás por nuestra lejanía geográfica.

A partir de 1973, Chile experimentó un cambio radical de su modelo de desarrollo económico, que entendemos tuvo como una de sus primeras manifestaciones, justamente, la legislación antimonopolios, ya que en diciembre de 1973, entró en vigencia el D.L. N° 211, que hasta hoy en día regula, en términos amplios y generales, la competencia económica en nuestro país.

Esta legislación se vio reforzada en la Constitución Política de la República de 1980, que consagró como garantía constitucional el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica a todas las personas.

Han transcurrido casi 43 años desde que se dictara el estatuto jurídico de defensa de la libre competencia, y entendemos que éste ha respondido a la necesidad del país de adecuarse, de una economía con importantes grados de intervención pública, hacia un esquema más abierto, en el cual el mercado es considerado el principal encargado de la asignación de recursos.

No obstante lo anterior, nuestra legislación presenta una serie de vacíos e imperfecciones que se pretenden subsanar con el actual "Proyecto de ley Tribunal de Defensa de la Libre Competencia", cuyo objetivo fundamental es el fortalecimiento del órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en esta materia. El proyecto, crea las condiciones necesarias para que las personas llamadas a analizar y decidir los posibles atentados a la libre competencia, reúnan requisitos de excelencia profesional y alta dedicación, bajo un esquema de separación de funciones e independencia de la Fiscalía Nacional Económica.

Estos objetivos se cristalizan en los siguientes aspectos: Elección de los integrantes del Tribunal mediante concurso público de antecedentes; integrantes remunerados y con dedicación significativa al Tribunal; separación de funciones entre el Tribunal y la Fiscalía; mayor independencia del Tribunal frente al Poder Ejecutivo; clarificación del bien jurídico protegido; supresión de la actual estructura organizativa consistente con el objetivo de aumentar la predictibilidad; se eliminan las Comisiones Preventivas, traspasando al nuevo Tribunal la función de órgano consultivo; más facultades para un Tribunal fortalecido, con directrices bien definidas; atribuciones sancionatorias adecuadas que le permita cumplir con el objetivo de inhibir las conductas anticompetitivas, en el estricto marco constitucional: para ello, se propone sustituir el carácter penal de la ley vigente, por mayores multas y la responsabilidad solidaria de los ejecutivos involucrados en las acciones contrarias a la libre competencia.

Por otra parte, la regulación de los servicios de utilidad pública, siguiendo el curso de los

⁵ Austria 1951; Noruega, Suecia e Irlanda 1953; Francia 1954; Dinamarca 1955, Inglaterra y Holanda 1956; Alemania y Finlandia 1957; Bélgica 1960.

⁶ Argentina Ley N° 11.210, de 24 de agosto de 1923; Brasil D.L. N°7.666, de 1945, reemplazado por la Ley N°4.137, de 1962.

acontecimientos políticos y económicos, surge a finales de los 70 a partir del nuevo modelo económico, que condicionará el funcionamiento de los servicios de utilidad pública, por cuanto entendió, desechando el rol del Estado, que la capacidad autoregulatoria de los agentes económicos se sobreponía al rol de las agencias regulatorias sectoriales, a las que no se les asignaban funciones específicas de promoción de la competencia. Así la institucionalidad regulatoria en su origen, se fundaba en la desconfianza que generaban las agencias regulatorias, por lo que institucionalidad regulatoria nació absolutamente debilitada.

Así surgen, en 1985,⁷ la Superintendencia de Electricidad y Combustible, la que originalmente tiene funciones de carácter eminentemente técnicas; la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en 1977⁸, con un rol más bien orientado a la formulación de políticas públicas, regulación técnica y de promoción de privatizaciones; la Comisión Nacional De Energía⁹, creada en 1978, se encargó en sus comienzos de formular políticas para el sector; la Superintendencia de Servicios Sanitarios de 1989¹⁰ tuvo desde su nacimiento ciertas funciones económicas, básicamente las de tarifación; y por último, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras¹¹, sin perjuicio de otras.

La carencia de funciones en materias económicas y particularmente en materia de libre competencia en el caso de los agentes regulatorios, puso en duda el proceso de privatización iniciado en los 80. Esta situación se hizo evidente a partir de 1990 y sirvió para iniciar un proceso de reforzamiento de estas agencias regulatorias y de los procedimientos regulatorios, con el objeto de fomentar la competencia en la prestación de los servicios públicos. Este proceso de adecuación de la normativa regulatoria a los principios de la libre competencia, no necesariamente se ha desarrollado en forma integral y coordinada, de allí la importancia que adquirieron los Dictámenes y Resoluciones de los órganos de defensa de la competencia, ya que las facultades entregadas a las agencias regulatorias, no derogaron las que poseen los organismos antimonopolio para investigar y sancionar conductas monopólicas en los servicios de utilidad pública.

3. CUESTIONES QUE SUSCITA LA INTERACCIÓN ENTRE LOS AGENTES REGULADORES SECTORIALES Y LOS ORGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A NIVEL COMPARADO

Antes de referirnos a los aportes concretos que han hecho los órganos de defensa de la competencia chilenos en el proceso de regulación sectorial y por ende, a las labores de las agencias regulatorias, creemos necesario revisar algunas de las cuestiones, que a nivel comparado, surgen entre la actividad de las agencias regulatorias y la ejercida por los organismos de la competencia.

La regulación de los servicios de utilidad pública trata de resolver los desafíos que generan los "monopolios naturales" y, en particular, de aquellos cuya provisión supone la existencia de redes interconectadas, como ocurre en los servicios básicos. La competencia se hace más difícil en los servicios de infraestructura o servicios de utilidad pública, ya que se caracterizan por una demanda inelástica y predecible, lo que hace necesaria que se dicten leyes sectoriales, que se traducen en la creación de órganos reguladores, cuyo propósito final es asegurar que estos servicios básicos sean suministrados eficientemente.

⁷ Ley 18.410, de 22 de mayo de 1985.

⁸ Decreto Supremo N° 1762, de 1977. Actualmente se rige por la Ley 18.618, de 2 de octubre de 1982, Ley General de Telecomunicaciones.

⁹ D.L. N° 2.224, de 25 de mayo de 1978.

¹⁰ Ley N° 18.902, de 27 de enero de 1990.

¹¹ Actualmente se rige por el D.F.L. N°3, del Ministerio de Hacienda, de 19 de diciembre de 1997, que fija el texto refundido de la Ley General de Bancos.

Los problemas de la regulación sectorial que influyen en la interacción entre las agencias reguladoras y los organismos de defensa de la competencia, están centrados, a nuestro entender, en las características que se dan en la prestación de los servicios de utilidad pública, como es, la estructura de la propiedad, en donde no sólo la separación de la propiedad en el interior de los segmentos regulados parece aconsejable, sino también, la división de la propiedad de dichos segmentos, de la de los no regulados, a fin de evitar de que una empresa controle ambos, como puede ocurrir, por ejemplo, con una que es dominante en un mercado generación eléctrica (regulado)) y que controla a su vez, la transmisión eléctrica (no regulado).

En algunos casos, los menos, los organismos de defensa de la competencia han jugado un rol relevante en las decisiones iniciales que se adoptan en el proceso de estructuración de los sectores regulados, es decir, al momento de la privatización, imponiendo su autoridad para que, dado que se trataba de monopolios, se garantizara el marco competitivo más adecuado. A este respecto cabe destacar, las resistencias basadas en el interés por un rápido logro de resultados financieros, que según algunos, se vería perjudicado, en este ámbito, por la introducción de criterios de competencia.

La relación entre agencias reguladoras y órganos de defensa de la competencia se ve a veces obstruida por la falta de una visión común acerca de la misión primordial de las propias agencias reguladoras. En algunos países existe una consolidación de su sistema regulatorio, en donde se produce la integración plena de ambas funciones, la regulatoria y la de defensa de la competencia, en un sólo órgano. Se señala, como ejemplo, el caso de Nueva Zelanda, calificado como “paradigmático”. Sin embargo, es un caso excepcional, puesto que la regla general, es la separación entre órganos de regulación sectorial y de protección de la competencia. Incluso en algunos casos, además de separarse esas dos funciones, se ha hecho radicar en órganos diferentes las facultades de investigación y de fiscalización.

La creación de los entes de regulación sectorial, suele implicar algún grado de superposición de funciones o roles, con los organismos de defensa de la competencia. Porque aquéllos también han sido creados, en buena medida, para regular las conductas privadas y evitar abusos de poder en las industrias que integran los mercados. Las fronteras entre la regulación y la defensa de la competencia se pueden tornar, gradualmente, menos nítidas y más permeables, porque hay atribuciones compartidas, por ejemplo, en los controles de precio y entrada. Tal superposición, puede generar incertidumbre en los agentes económicos y perjudicar el crecimiento de la oferta de estos servicios.

En algunos países, entidades de regulación sectorial cumplen funciones de vigilancia de la competencia. Por ejemplo, en España, la Comisión Nacional de Energía (agencia reguladora de los sectores energéticos: electricidad, gas, etc) es, según la ley, un “ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos, teniendo por objeto velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores”. No existe consenso sobre la conveniencia de que los entes reguladores ejerzan funciones relacionadas con los comportamientos de los sujetos o agentes de la actividad económica, asegurando que no sean contrarios a la competencia, como sería por ejemplo en los casos de concentración económica o de empresas.

En otros caso los órganos de la competencia se ven inhibidos de fiscalizar estos sectores. Cabe recordar que, mientras los organismos antimonopolio velan por el beneficio de la sociedad en su conjunto, las agencias reguladoras, naturalmente, tienden, en el ejercicio de sus atribuciones, a procurar el beneficio del sector que están regulando, incluyendo a los empresarios, el mercado, y a los usuarios o consumidores directamente relacionados con dicho sector. Puede que estos objetivos entren en conflicto, lo que puede resultar muy

perjudicial para el mercado en general, ya que los organismos de defensa de la competencia tienen una visión de conjunto, que les permite evitar efectos nocivos de las conductas de agentes económicos de un determinado sector, en otros sectores o en la economía en su conjunto. Lo que podría resultar más grave, si consideramos que muchos actos o hechos producidos en un sector de servicios de utilidad pública, pueden tener efectos en los otros mercados o en la marcha de la economía en general.

La principal objeción para dotar de mayores facultades a los órganos reguladores y, en cambio, restringir al máximo sus atribuciones ampliando las de los tribunales de la competencia, estriba en el 'riesgo de captura', pues si bien los órganos reguladores cuentan con un mayor conocimiento en su área específica y están en mejores condiciones de adoptar decisiones rápidas y prácticas, se hallan más cerca, en el día a día, de quienes integran el sector regulado. De modo que aunque el órgano sectorial sea independiente del sector regulado, se le puede capturar.

Por último, hay que destacar el tema de la independencia de estos organismos respecto del poder político. Se señala como una diferencia crucial entre los organismos de defensa de la competencia y las agencias reguladoras que, si bien, en la mayoría de los países, cuentan con autonomía de gestión y operación, en la práctica, en muchos casos, el accionar de la agencia reguladora está subordinado a la opinión del poder ejecutivo, mientras que el órgano de la competencia es independiente y autónomo del Ejecutivo.

La relación entre los dos tipos de órganos está inserta dentro de una dimensión dinámica, donde lo ideal podría ser partir, al momento de las reformas estructurales, con unos órganos reguladores dotados de muchas facultades, y que, a medida que se fueran consolidando las reformas, estos órganos reguladores deberían ir desprendiéndose de estas facultades en pro de la autorregulación, siempre bajo la supervisión de los organismos de defensa de la competencia.

4. APORTE DE LOS ORGANOS DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA A LA REGULACIÓN SECTORIAL EN CHILE: CASOS CONCRETOS

¿Cómo ha abordado la institucionalidad chilena los planteamientos mencionados?

La participación en la regulación de los servicios públicos por parte de los órganos de defensa de la competencia chilenos ha sido muy fecunda, como consecuencia de la precariedad con que fueron concebidas, en sus inicios, las agencias regulatorias sectoriales en Chile. Esta participación se tradujo en el aporte a la legislación regulatoria sectorial a través de la revisión, desde la perspectiva de la libre competencia, de las decisiones más importantes adoptadas por dichas agencias o en la participación, por vía jurisprudencial o administrativa, en la determinación del ámbito de facultades y los alcances de las atribuciones de dichas agencias, e incluso, en algunos casos, convirtiéndose en reguladoras de última instancia, especialmente en cuanto se refiere a cuestiones tarifarias.

Los organismos de defensa de la competencia chilenos, están dotados de facultades que les permiten, por una parte, acoger consultas tanto de particulares como de los órganos públicos, incluidas las agencias reguladoras¹²; prevenir la comisión de atentados a la libre competencia: de esta manera, las comisiones preventivas de oficio o a petición de parte, conocen de cualquier situación que pueda alterar el libre juego de la competencia¹³; función correctiva administrativa que le permite, a requerimiento de la Fiscalía, solicitar al Ministerio de Economía o a cualquier otro organismo o servicio público, el ejercicio de sus facultades reguladoras de la actividad económica, con carácter preventivo, a fin de impedir los efectos

¹² Artículo 8 letras a y b, artículo 14 D.L. N° 211.

¹³ Artículo 6 y 8 del D.L. N°211.

perjudiciales de los actos que se investiguen¹⁴; perseguir y sancionar las conductas unilaterales y aquellos acuerdos que restringen la competencia o significan un abuso de poder de mercado, cualquiera sea el tamaño o entidad de éste, y cualquiera sea el origen, cometidos por agentes privados o públicos.

Pero quizás sea la facultad que le otorga el artículo 5 del D.L. N°211, que señala que la Comisión Resolutiva podrá solicitar al poder ejecutivo la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios, en cuanto limitando o eliminando la libre competencia, los estime perjudiciales para el interés común, lo que gráfica de mejor forma el fundamental papel que le ha cabido a los órganos de defensa de la competencia chilenos en la estructuración de la institucionalidad reguladora sectorial.

Este rol de los órganos de la competencia ha estado fundado en la propia legislación antimonopolio, que como lo señalamos, es anterior al proceso de privatización que dio origen a las agencias reguladoras, así como en la propia regulación sectorial, que paulatinamente fue incorporando la intervención de estos órganos en forma expresa, e incluso existen casos en que la propia legislación sectorial entrega a las agencias regulatorias como misión, velar por la libre competencia en el sector.

A continuación citamos algunos casos en que los órganos de la competencia intervinieron en sectores regulados, propiciando principalmente a través de la segregación de los mercados de servicios de utilidad pública, la multiplicación de agentes económicos que pasan a operar en sectores que antes sólo eran servidos por una empresa. Quisiera recalcar que se trata de algunos ejemplos, ya que la intervención de los órganos de la competencia, en los sectores regulados ha sido muy fecunda.

A. TELECOMUNICACIONES:

En este sentido un caso que parece emblemático y que permite destacar el aporte de órganos de defensa de la competencia a la regulación de servicios de utilidad pública, lo constituye el sector telecomunicaciones. Así, la Comisión Resolutiva ha influido en la regulación de telecomunicaciones a través de resoluciones que ordenaban la competencia y que especialmente, orientaron los procesos tarifarios del sector.

En Chile antes del proceso de privatización, existían dos compañías de telecomunicaciones estatales: la Compañía de Teléfonos de Chile y ENTEL. La primera tenía el monopolio de la telefonía local y la segunda, el de larga distancia nacional e internacional. Se privatizó separadamente la telefonía nacional de la internacional.

La apertura del mercado de telefonía de larga distancia, que se estableció a través de una reforma de la Ley General de Telecomunicaciones, en 1994, tuvo su origen en la Resolución N° 389, de 1993, de la Comisión Resolutiva, la que ante la solicitud de CTC, empresa absolutamente dominante en telefonía local, para que se le permitiera participar del mercado de telefonía de larga distancia, dispuso como requisito que debía hacerlo por intermedio de una empresa filial o coligada, constituida como sociedad anónima abierta, perfectamente diferenciada de su matriz, de modo que fuesen fácilmente identificables entre otros, los costos de transferencia. Además, el cargo de acceso a la empresa local, no podía discriminar entre los portadores, debiendo ser fijado por la autoridad y debiendo reflejar los costos directos, eliminando así toda forma de subsidio desde la larga distancia a las telecomunicaciones locales.

El Artículo 6° de la Ley General de Telecomunicaciones señala que corresponderá al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de

¹⁴ Artículo 8, letra g, del D.L.N°211.

Telecomunicaciones, la aplicación y control de la presente ley y sus reglamentos. Le competará además, exclusivamente, la interpretación técnica de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones, sin perjuicio de las facultades propias de los tribunales de justicia y de los organismos especiales creados por el decreto ley 211.

El artículo 29 expresa que los precios o tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones y, de los servicios intermedios que contraten entre sí las distintas empresas, entidades o personas que intervengan en su prestación, serán libremente establecidos por los proveedores del servicio respectivo, pero agrega que, no obstante, si en el caso de servicios públicos telefónicos local y de larga distancia nacional e internacional, excluida la telefonía móvil y en el de los servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como servicio intermedio o bien como circuitos privados, existiere una calificación expresa por parte de la Comisión Resolutiva, creada por el decreto ley 211, de 1973, en cuanto a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, los precios o tarifas del servicio calificado serán fijados de acuerdo a las bases y procedimientos que se indican en este Título. En todo caso, si las condiciones se modificaren y existiere pronunciamiento en tal sentido por parte de dicha Comisión Resolutiva, el servicio dejará de estar afecto a la fijación de tarifas.

La Ley General de Telecomunicaciones, en su artículo 8°, señala que los actos que impliquen discriminación o alteración a una sana y debida competencia, han de ser conocidos y sancionados por la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Y lo mismo ocurre en el artículo 24 bis, que considera como una violación a la libre y sana competencia determinados actos de discriminación con los concesionarios de servicios telefónicos, cuyo conocimiento y sanción también recae en la autoridad reguladora.

B. SANITARIAS:

A partir de la década de los 80 se inicia el proceso de privatización del sector encargado de suministrar los servicios de agua potable y alcantarillado través de concesiones, dejando al Estado el rol regulador, estableciéndose reglas sobre tarifación basadas en eficiencia y autofinanciamiento de las empresas. Tanto en el otorgamiento de concesiones como en la tarifación, cupo un papel a los órganos de defensa de la competencia.

El D.F.L. N° 382, de 30 de diciembre de 1988, dispone en el artículo 65, que corresponde a la Comisión Resolutiva determinar si las empresas concesionarias de servicios públicos de distribución eléctrica o de telefonía local, constituyen un monopolio natural o declarar que han dejado de serlo, para efecto de la prohibición que establece esta normativa, en el sentido que estas empresas puedan participar en la propiedad de las empresas prestadoras de servicios sanitarios.

C. ELECTRICIDAD:

En el caso del sector eléctrico, a principios de la década de los 80, algunas empresas, entonces estatales, fueron reorganizadas y divididas según criterios diversos tales como área geográfica de servicio, o según fase de la prestación. Ello obedecía a consideraciones de buena gestión y apuntaba también a facilitar el proceso de privatización. Sin embargo, aún cuando el marco regulatorio (aprobado en 1982) presumió la existencia de competencia a nivel de la generación, no se actuó en consecuencia al enajenar el sector. En efecto, se privatizó ENDESA que controlaba más del 70% de la generación, el sistema de transmisión, parte sustancial de los derechos de agua y el monitoreo de las fuentes hídricas. El alto nivel de concentración que se alcanzó en la generación y transmisión, se complementó al ganar el control por parte de Endesa, del holding Enersis que a su vez controlaba Chilectra Metropolitana, principal distribuidora del país. Estas circunstancias, condicionaron la

evolución del sector, y generaron buena parte de conflictos entre las empresas y afectaron las decisiones de inversión, anomalías que todavía subsisten.

Entre los años 1992 y 1997, la política gubernamental permaneció a la expectativa de lo que ocurriría con el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica frente a la Comisión Resolutiva Antimonopolio, de obligar a la separación entre la generación y la transmisión reunida en Endesa y luego promover la separación entre dichos segmentos y la principal distribuidora de electricidad, Chilectra Metropolitana controlada por Enersis. Con el antecedente de lo ocurrido con Telefónica de España, resultaba plausible esperar que el sistema antimonopólico generara una dinámica similar en el sector eléctrico. La Comisión Resolutiva recomendó la transformación de Transelec, administradora de los activos de transmisión, en una empresa independiente de su empresa matriz y recomendando a las distribuidoras que licitaran sus contratos.

La Comisión Resolutiva, por medio de la Resolución N° 531, de 28 de octubre de 1998, estimó del caso ejercer las atribuciones que le conceden los artículos 5, inciso final y 17, letra d), del DL 211, y en tal virtud solicitó al Supremo Gobierno su patrocinio para que se modifique el DFL 1, de 1982, de Minería, en el sentido de que se faculte a la autoridad, en caso de que existiere una calificación expresa de esta Comisión, en cuanto las condiciones del mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, para fijar los precios o tarifas de los servicios relacionados al suministro de energía eléctrica de acuerdo a las bases y procedimientos que determine la ley, sin perjuicio de que, en todo caso, si las condiciones del mercado cambiaran y existiere un pronunciamiento favorable de esta Comisión, los servicios puedan dejar de estar afectos a la fijación de tarifas, petición que se concretó por parte del Ejecutivo mediante la presentación del proyecto que dio origen a la Ley N° 19.674.

Con anterioridad a la publicación de la Ley N° 19.674, ya citada, el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción sólo estaba facultado para fijar los precios de los suministros de energía eléctrica a los usuarios indicados en la Ley General de Servicios Eléctricos. De conformidad con lo dispuesto en la citada Ley N° 19.674, que modificó la Ley General de Servicios Eléctricos, el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción ha quedado facultado para fijar precios a los demás servicios prestados por las empresas eléctricas, sean o no concesionarias de servicio público, cuando se encuentren asociados al suministro de electricidad o se presten en mérito de la calidad de concesionario de servicio público, previa calificación expresa de la Comisión Resolutiva como servicios sujetos a fijación de precios, en consideración a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar a su respecto un régimen de libertad tarifaria. La Comisión Resolutiva ha analizado y consideró que respecto de gran parte de los servicios propuestos por el citado organismo fiscalizador del sector eléctrico, no existen las condiciones de mercado suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria con relación a ellos. Esta situación obedecía a la existencia de posiciones monopólicas o dominantes de las empresas eléctricas, derivadas de consideraciones legales o regulatorias y de la existencia de economías de escala o de ámbito tales como la propiedad de la infraestructura y la coordinación requerida entre agentes para la prestación de ciertos servicios, como también de asimetrías de información y de la naturaleza propia del servicio eléctrico. Asimismo, existen servicios cuyos precios deberán ser fijados con el objeto de promover la competencia en el mercado eléctrico, como es el caso de los peajes adicionales para clientes libres originados por la utilización de instalaciones de subtransmisión y de distribución. Por otra parte, existen servicios que deberán quedar sujetos a fijación tarifaria con el fin de evitar que se produzcan distorsiones en otros mercados, como el de las telecomunicaciones, teniendo en especial consideración la actual incorporación de empresas eléctricas a este último. De acuerdo con lo dispuesto en el Título IV de la Ley General de Servicios Eléctricos, los precios que se fijen por la autoridad tienen el carácter de precios máximos.

D. BANCARIO:

La regulación bancaria en Chile es de antigua data y muy variada. En la década de los 70', se desconfió fuertemente de las agencias regulatorias y se dejó el mercado en manos de la autorregulación. El resultado fue la crisis del sistema financiero en la década de los ochenta, dando lugar a reformas regulatorias del sector que permitieron su consolidación. A partir de la Ley de Bancos de 1997 se inició el proceso de expansión e internacionalización de la banca chilena.

La Resolución 638, de 23 de enero de 2002, señaló que la Comisión Resolutiva tiene amplias facultades para analizar e investigar operaciones de concentración bancaria, sea que se trate de fusiones, tomas de control o adquisiciones, atribuciones que fueron materia de análisis por el legislador, como se desprende de historia fidedigna de Ley 19.705. No existe evidencia de que comportamiento de bancos controlados por una sola entidad haya redundado en situaciones anticompetitivas, esto es, hayan significado exclusión de actores actuales o potenciales en el mercado, ni que importen alzas de precios o aumentos de los márgenes bancarios. Por lo tanto, dadas esas condiciones, el control conjunto de los dos bancos por el BSCH, en principio, no constituye situación de riesgo para las condiciones de competencia, sin perjuicio de las medidas que señala: 1.- Deja sin efecto compromiso asumido por el BSCH, en su Declaración de Intenciones, a que se refiere considerando vigésimo primero, en cuanto a procurar que su cuota de mercado en Chile se reduzca, por atentar contra el orden público económico, 2.- La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras deberá mantener un seguimiento respecto del nivel de las tasas de interés que ofrezcan los bancos referidos, en las localidades y comunas en que uno o ambos bancos, en forma conjunta, alcancen una participación en el crédito superior al 50%, debiendo remitir la información que elabore a la Fiscalía Nacional Económica.

Por su parte el Artículo 35 bis de la Ley General de Bancos, expresa que procederá la fusión de bancos o la adquisición de la totalidad del activo y pasivo de un banco por otro o de una parte sustancial de ellos; o la toma de control de dos o más bancos por una misma persona o grupo controlador, o bien a aumentar sustancialmente el control ya existente, en términos que el banco adquirente o el grupo de bancos resultante alcancen una participación significativa en el mercado, si los interesados cuentan con la autorización de la Superintendencia. Este es un caso en que la agencia regulatoria sectorial tiene competencia para conocer de temas de concentración bancaria, sin perjuicio de las facultades de los organismos de defensa de la competencia.

E. GAS:

La Ley de Servicios de Gas¹⁵ señala que la Comisión Resolutiva podrá emitir una resolución solicitando al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción la fijación de las tarifas del suministro de gas y servicios afines a todo consumidor de una determinada zona de concesión de servicio público de distribución de gas.

5. ACTUALES DESAFIOS DE LA INTERACCION ENTRE AGENCIAS DE REGULACIÓN Y ORGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Las fronteras entre la regulación y la defensa de la competencia si bien es cierto pueden tornarse menos nítidas cuando de servicios de utilidad pública se trata, debido principalmente al término de la creencia de la no disputabilidad de los monopolios naturales, ello no significa que estas fronteras hayan desaparecido, a lo menos en términos genéricos o teóricos. Aunque los organismos de la competencia son, en gran medida, organismos reguladores, su función reguladora es muy especial ya que su acción porque recae

¹⁵ D.F.L. N° 323, de 1931, con sus posteriores modificaciones.

esencialmente sobre determinadas conductas potencialmente nocivas de los agentes económicos, en particular sobre aquellas que llevan a limitar o restringir la entrada de nuevos actores o generan concentración.

Por su parte, los órganos reguladores sectoriales deben cumplir determinadas funciones, para lo que han de estar dotados de ciertas facultades exclusivas, por ejemplo: la regulación técnica del respectivo sector, el establecimiento de normas relacionadas con los derechos de los consumidores o usuarios del respectivo servicio, la fiscalización del cumplimiento de las normas técnicas y de los estándares de calidad que deben ser aplicados a los sectores a su cargo, la resolución de conflictos entre los agentes privados que participan en el respectivo ámbito, la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones contractuales con los usuarios o consumidores, y la sanción del incumplimiento de estas normas, estándares y obligaciones. En consecuencia, los instrumentos de que están dotados estos entes para cumplir esas funciones, entendemos, no son los propios de un tribunal sino más bien administrativos: participar en los procesos de elaboración de las normas que regirán los respectivos sectores, expedir reglamentos, requerir información, otorgar permisos, autorizar precios y tarifas, aprobar los términos en que se prestarán los servicios y, por cierto, aplicar sanciones en caso de incumplimiento de la respectiva normativa.

Es claro que entre las tareas asignadas a las entidades de regulación sectorial y las que han de cumplir las agencias antimonopolio, puede existir una sobreposición de funciones, con sus correspondientes conflictos de regulación y gastos públicos innecesarios, para lo cual, constituir una única autoridad política en materia de competencia tanto interna como internacional, que también tenga bajo su alero los servicios públicos y las políticas de protección al consumidor para coordinar las definiciones y orientaciones, parece ser un primer desafío.

Por otro lado, definir claramente los ámbitos de competencia entre los entes reguladores y la jurisdicción ordinaria, resulta fundamental, aunque cabe señalar que algunos países en este sentido han avanzado considerablemente.

Resulta destacado el hecho que, los organismos de defensa de la competencia, no suelen cumplir un rol relevante en las decisiones iniciales que se adoptan en el proceso de estructuración de los sectores regulados, es decir al momento de la privatización, tomando en cuenta que, en la mayoría de los casos, se trataba de monopolios. La participación de estos órganos, conjuntamente con las agencias regulatorias, permitiría garantizar un marco competitivo más adecuado, aún enfrentando, la resistencia que esta intervención suele generar por el interés de los promotores de inversión sectoriales, que pretenden un rápido logro de resultados financieros, independientemente de la aplicación de criterios de competencia. En Chile esta experiencia no ha sido realizada, ya que no obstante la facultad que tiene la Comisión Resolutiva para sugerir cambios legislativos al ejecutivo, no existe norma expresa que disponga la participación de estos organismos en la elaboración de los marcos jurídicos de regulación sectorial.

Existen algunos riesgos que pueden afectar la actividad de la regulación, como es la 'captura del regulador', riesgos que por cierto pueden disminuir con la independencia del órgano regulador. En tal sentido, se destaca la necesidad de que estos entes, aunque estén insertos en el Poder Ejecutivo, gocen de autonomía, por cuanto debieran contar con facultades propias, incluso exclusivas, que puedan ejercer con independencia de otros órganos del Estado, como en lo que se refiere a estar dotados de un patrimonio propio y de una disposición autónoma de los recursos. También es necesario que los nombramientos de las autoridades y personal de estos órganos no dependan de factores o consideraciones políticas coyunturales, siendo deseable, en el caso de los jefes superiores de servicio, un mecanismo especial en su designación y que el personal goce de cierto grado de inamovilidad.

Pero, también puede alegarse como factor que permite disminuir el riesgo de captura, la desconcentración de funciones, es decir que las diferentes funciones fiscalizadoras de los servicios de utilidad pública o sectores regulados, no radiquen en un solo ente, sino que en cada uno de los sectores regulados, y encargar, por ejemplo, a un organismo, el establecimiento de la normativa reguladora y a otro la función de fiscalización de su cumplimiento. También contribuye a eliminar este fenómeno, la transparencia informativa, es decir la publicidad de aquella información que sustenta el ejercicio de sus facultades por los entes reguladores, y el establecimiento de manera formal, de instancias públicas en las cuales los actores afectados por la regulación (empresas, consumidores) puedan manifestarse y participar.

El hecho que los órganos generales de defensa de la competencia, a diferencia de los entes reguladores, mantengan una cierta distancia respecto a los sectores regulados, que, si bien determina que su accionar sea un poco más complejo o lento, evita aquel riesgo de "captura". La integración de las agencias reguladoras con los de la competencia, puede evitar también el peligro de la captura, ya que la descentralización puede llevar a más corrupción que la centralización en un solo organismo. Sin perjuicio que es conveniente que haya órganos reguladores sectoriales y no generales, por cuanto, a pesar de los riesgos, son más rápidos, más especializados técnicamente, y más preparados para elaborar y modificar normativas de regulación, fijar precios, etc.

Considerando que la relación entre las instituciones de competencia y las agencias reguladoras sectoriales adquiere particular relevancia, especialmente en aquellos países en los que las reformas estructurales son recientes, entendemos que debe lograrse un equilibrio de relaciones entre ambas instancias, donde prime un espíritu de cooperación y de coordinación, más que de rivalidad o celo. Para ello debe hacerse un esfuerzo por ponerse de acuerdo en definir mejor los ámbitos de competencia de los entes reguladores de determinados servicios de infraestructura y de los órganos generales de defensa de la competencia, porque siempre existirá un potencial conflicto en la aplicación de los respectivos ordenamientos jurídicos y en el ejercicio de las facultades, en lo que toca a los sectores regulados. Generalmente ocurre que, desde su óptica, los organismos de defensa de la competencia estiman que la función de las agencias reguladoras debe circunscribirse a los aspectos técnicos y operativos del sector regulado.

Los organismos de la competencia han de reconocer que carecen del conocimiento de los aspectos técnicos y operativos, de manera que se considera deseable que las agencias reguladoras se dediquen esencialmente a supervisar desde el punto de vista técnico relacionado con la reglamentación del sector, la mayoría de las cuales dicen relación directa con la satisfacción de las necesidades de los usuarios, ya que resulta evidente que la capacidad de monitoreo y vigilancia es mayor en los organismos sectoriales.

Lo anterior, no debe hacer olvidar que mientras los organismos antimonopolio velan por el beneficio de la sociedad en su conjunto, las agencias reguladoras, naturalmente, tienden, en el ejercicio de sus atribuciones, a procurar el beneficio del sector que están regulando, velando por los intereses, tanto de los empresarios, usuarios o consumidores involucrados en su sector. Cuando los intereses entre éstos o los intereses de otros sectores o de la comunidad entran en conflicto, cabe un rol complementario y arbitrador de los órganos de defensa de la competencia.

En cuanto a la independencia respecto del poder político cabe destacar que existe una diferencia crucial entre los organismos de defensa de la competencia y las agencias reguladoras que, si bien, estas agencias pueden contar con autonomía de gestión y operación, en la práctica su accionar está subordinado a la opinión del poder ejecutivo,

mientras que el órgano de la competencia es independiente y autónomo del Ejecutivo ya que, generalmente, reviste el carácter de órgano jurisdiccional.

Entendemos que la autoridad de la competencia debe estar ubicada en un rango superior al de la agencia sectorial reguladora. Esto quiere decir, por ejemplo, que si la agencia sectorial fija un precio, el órgano de la competencia siempre podrá revisarlo. Del mismo modo, existe una opinión común favorable a que todo proyecto de concentración de empresas, debiera ser notificado al servicio de defensa de la competencia, cuando se superan determinados umbrales de cuotas de mercado o de volumen de venta. También debiera ser obligación del órgano regulador remitir al tribunal de la competencia todas aquellas operaciones que, se estime, pueden obstaculizar el mantenimiento o desarrollo de una competencia efectiva en el respectivo mercado.

En cuanto a la legislación de defensa de la competencia resulta imprescindible evitar vaguedad en la definición de las conductas, ya que ésta genera incertidumbre en los agentes económicos. Asimismo es necesario promover la especialización de los miembros y personal de las instancias encargadas de fallar los conflictos de competencia. En lo relativo a las agencias reguladoras es necesario definir tanto sus objetivos como sus responsabilidades, asegurar su idoneidad, los procedimientos aplicados (eje: el silencio administrativo).

Pero más importante aún, es asegurar la consistencia de las responsabilidades y las atribuciones de las agencias reguladoras con las de los órganos de defensa de la competencia, lo que a parte de reducir costos de coordinación y eliminar la superposición de facultades, generará confianza en los agentes económicos ya que sabrán identificar los criterios y políticas públicas en materia de regulación económica, es decir seguridad jurídica, concepto que no siempre compatibiliza con el objeto de la regulación y la competencia, el mercado, ente esencialmente dinámico y variable.

Hemos dejado para el final una cuestión que estimo de la mayor trascendencia, dado la instancia que nos convoca, para la interacción entre agencias reguladoras y órganos de defensa de la competencia, me refiero a la globalización. El doctor Boaventura de Sousa Santos, ha escrito sobre la transnacionalización de la regulación¹⁶, refiriéndose a aquellas situaciones en las que se puede establecer que los cambios en el derecho estatal de un país dado han sido influidos decisivamente por presiones internacionales, formales o informales, de otros estados, agencias internacionales u otros actores transnacionales.

La globalización entendida como el fenómeno político, económico, cultural y social, propio de comienzos del siglo XXI, que da cuenta de la expansión del intercambio internacional que ha permitido el desarrollo de un mercado global, caracterizado por la homogeneidad del consumo, puede ser una de las causas fundamentales en el cambio en materia de servicios de utilidad pública, con la competencia como paradigma y la apertura de mercados como fin.

Así, es claro que, como actualmente existe un grado creciente de cooperación y organización en red y por cadena de producción a nivel internacional, siendo su expresión más nítida, las transnacionales, será necesaria la colaboración tanto entre las agencias reguladoras y los órganos de defensa de la competencia, tanto a nivel interno como internacional.

6. CONCLUSIONES

"El primer cuidado imprescindible para constituir un mercado en el antiguo dominio de los monopolios públicos consiste en evitar que no sean sustituidos por monopolios privados. Por

¹⁶ La Globalización del Derecho, Ed. ILSA 1998.

ello, los procesos de privatización deben propiciar la segregación de los negocios acumulados por los monopolios públicos, o por los monopolios u oligopolios privados, a efectos de crear oportunidades de competencia nuevas a los agentes económicos que ahora tienen la oportunidad de incorporarse a los sectores privatizados"¹⁷

Existe un consenso en que las reformas estructurales que se han implementado exigen, paralelamente, estructurar un sistema de regulación sectorial y de defensa de la libre competencia acorde con el objetivo de producir más y mejores bienes en beneficio de la comunidad. De allí que no parece recomendable la multiplicidad de regulaciones puntuales sectoriales, sino por el contrario, es aconsejable una visión global, en que se distingan claramente las instancias políticas, que generen una normativa coherente y criterios de fiscalización que generen un marco de certidumbre jurídica.

La adecuada interacción y complementación entre ambas agencias – las de la competencia y las reguladoras- es señalada, casi unánimemente, como crucial para el desarrollo de los mercados de los servicios públicos en cuya prestación, las reformas estructurales introdujeron la participación privada y en que, por tanto, se debiera aspirar a que exista en ellos un grado de competencia adecuado.

la competencia debiera estar presente, hasta donde sea posible, en cada sector de servicios básicos, en todas las etapas del proceso económico (extracción, producción, distribución, etc.) y no es conveniente la existencia de monopolios integrados.

El grado de competencia que realmente existe en los mercados de servicios de utilidad pública se puede afirmar que aún no es lo suficiente, por lo que elevar los niveles de competencia sigue siendo uno de los retos principales de las políticas económicas de los gobiernos. Sin embargo, nada puede insinuar una disminución del rol regulador del Estado, su intervención es necesaria, siempre que la competencia se vea afectada o limitada.

La idea matriz es que las normas y los organismos de la competencia, no eliminan ni reemplazan a las normas y organismos de regulación sectoriales, ni viceversa, sino que se complementan. Es decir, que el organismo de la competencia necesita un regulador, puesto que, en la práctica, es muy difícil pensar en la integración de ambos, debido a que estos mercados - pensemos en las telecomunicaciones, por ejemplo- exhiben un acelerado desarrollo tecnológico, son muy complejos, con aspectos técnicos que los tribunales de la competencia no están en condiciones de abordar.

Los profundos cambios en la estructura económica del país de las últimas décadas, que dio paso a la participación privada en casi todos los sectores productivos y a la inserción de Chile en la economía global, junto con la aparición de nuevas estructuras empresariales derivadas principalmente de la creciente ola mundial de fusiones y alianzas, han modificado sustancialmente el escenario en el cual le corresponde funcionar a la institucionalidad de defensa de la libre competencia, creando nuevas y mayores exigencias. En este nuevo escenario ya no es viable descansar en organismos débilmente constituidos. Por otra parte, La innovación en la institucionalidad de la regulación sectorial, ha de estar inspirada en la creación de lazos de cooperación entre las agencias encargadas de los servicios de utilidad pública y los organismos de defensa de la competencia, lo que seguramente permitirá a los países mayores éxitos económicos y más bienestar social.

La experiencia chilena de apertura económica, basada en la voluntad emprendedora de los sujetos, que dio lugar a los cambios del modelo de desarrollo a partir de los 70, no ha estado exenta de sacrificios para la comunidad nacional, por ello creemos que todos los que

¹⁷ "Servicios públicos y mercado" Santiago Muñoz Machado, Ed. Civitas S.A. 1998.

de una u otra manera tenemos responsabilidades en la planificación y aplicación de la regulación económica, ya sea como reguladores sectoriales o desde la defensa de la libre competencia, debemos entregar nuestros mejores esfuerzo para dar marcos jurídico-económicos que permitan aprovechar las ventajas del desarrollo de las prestaciones de utilidad pública, lo que redundará en mejores niveles de vida para nuestros pueblos.

Section III
Continuing discussions on a possible multilateral framework on
Competition
Power Point Presentations

- 3.A. A Development-friendly multilateral framework and S&D: the UN Set as a model
Philippe Brusick, Head, Competition and Consumer Policy Branch (UNCTAD) 152
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200383a.ppt>
- 3.B. Relevance of WTO core trade principles and S&D for developing countries
James Mathis, University of Amsterdam, Netherlands 153
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200383b.ppt>
- 3.C. Competition policy in WTO sectoral agreements
Pierre Arhel, Counsellor for Competition Policy, Intellectual Property Division World Trade Organization (WTO) 154
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200383c.ppt>
- 3.D. Interaction between competition authorities and sectoral regulators
Cleveland Prates Teixeira, Commissioner, Administrative Council for Economic Defense (CADE), Brazil 155
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200383d.ppt>
- 3.E. Recientes desarrollos en el Grupo de Trabajo en la Interacción entre Comercio y Competencia OMC
Antonio González Quirasco, Federal Competition Commission (CFC), Mexico 156
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200383e.ppt>
- 3.F. Latest developments in the Working Group on the Interaction between Trade and Competition
François Souty, Competition Council, France 157
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200383f.ppt>

**Section IV
Reflexions on the options and implications of a possible
multilateral
framework on Competition**

4.1 Política de Concorrência no Mercosul: Uma Agenda Mínima

José Tavares de Araujo Jr.¹
Agosto de 2001

1. Introdução²

Este artigo discute as perspectivas da política de concorrência no Mercosul a partir de dois elementos principais. O primeiro diz respeito aos poderes extraterritoriais das leis antitruste da Argentina e do Brasil, que são os únicos países da América Latina e do Caribe cujas leis possuem tal peculiaridade.³ A inovação foi introduzida no Brasil em 1994 através da lei 8.884 e na Argentina em 1999 através da lei 25.156, seguindo uma tendência internacional já adotada por diversas economias industrializadas, como Austrália, Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia e União Européia. De acordo com o princípio da extraterritorialidade o âmbito de aplicação da lei não está restrito às fronteiras nacionais, mas inclui também qualquer atividade econômica ocorrida no exterior cujos efeitos alterem as condições de concorrência no mercado doméstico. A utilidade básica desse estatuto é a de prover os fundamentos jurídicos para a ação conjunta das autoridades antitruste no tratamento de casos com dimensão internacional.

O segundo elemento implícito no argumento desenvolvido adiante é o de que embora a política de concorrência só tenha adquirido relevância na região a partir dos anos 90, o debate público sobre esse tema esteve presente na Argentina e no Brasil desde as primeiras décadas do século vinte. Conforme indica a próxima seção deste artigo, em ambos países o assunto atraiu a atenção de juristas, economistas e políticos experientes. Durante várias gerações, as condutas anticompetitivas eram tratadas na imprensa e nos textos legais brasileiros sob o rótulo de “crimes contra a economia popular”, enquanto que na Argentina o instrumento jurídico que regulava a matéria intitulava-se “lei anti-monopólios”. Além de haver estimulado a formação de profissionais familiarizados com os detalhes técnicos e políticos do problema, o longo processo de elaboração das leis antitruste na região permitiu amadurecer a consciência social sobre o alcance e as limitações dessas leis. Assim, hoje em dia, as autoridades dos dois países contam com um marco institucional relativamente sólido para enfrentar a tarefa não trivial de regular as condições internacionais de concorrência dessas economias.

O texto está organizado da seguinte forma: A seção 2 contém um breve relato da evolução das leis antitruste na Argentina e no Brasil durante o século vinte. A seção 3 discute a dimensão regional do processo de concorrência no Mercosul, revendo não só os fluxos de investimento direto bem como um conjunto de casos recentes que já poderiam ter sido objeto de cooperação bilateral entre as autoridades antitruste. A seção 4 examina as potencialidades e limitações do Protocolo de Fortaleza, assinado em dezembro de 1996 com o objetivo de criar um marco regional para a política de concorrência no Mercosul. O

¹ Atualmente Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. O texto foi escrito em 2001, quando o autor era consultor da Unidade de Comércio da OEA e membro do Comitê Acadêmico da Red Mercosur. Este artigo é parte de um livro cujo título provisório é *Mercosul: Balanço e Perspectivas*, que está sendo organizado por Daniel Chudnovsky e José M. Fanelli para a Red Mercosur.

² Consegui coletar rapidamente grande parte do material aqui utilizado devido à colaboração de vários amigos na Argentina e no Brasil. Sou grato especialmente a Aloísio Barboza de Araujo, Carlos Vinograd, Juan Pablo Rud, Mauricio Butera, Paulo Guilherme Correa, Lucia Helena Salgado, Ricardo Rozemberg e Uziel Nogueira. Agradeço também aos comentários e sugestões de Daniel Chudnovsky, Nelson Noya e Rubens Ricupero.

³ As leis antitruste vigentes no hemisfério estão disponíveis em www.sice.oas.org. Para uma discussão sobre os efeitos extraterritoriais do direito da concorrência, vide Borges da Fonseca (1997), e Assis de Almeida (2001).

principal ponto levantado ali é o de que o protocolo trata as questões antitruste como se fossem disputas mercantilistas. Além disso, aquela seção aborda rapidamente as relações entre antitruste e antidumping, arguindo que embora a eliminação de medidas antidumping seja uma providência importante para consolidar o processo de integração no Mercosul, a contribuição das autoridades antitruste nesta tarefa é, na melhor das hipóteses, apenas indireta. A seção 5 mostra que existem alternativas para superar as limitações do protocolo, ao comentar a experiência internacional nos anos noventa daqueles países cujas leis possuem efeitos extraterritoriais e, conseqüentemente, têm servido de base para uma cooperação bilateral baseada no princípio de “cortesia positiva”. Por fim, a seção 6 conclui o argumento, indicando o perfil de uma agenda mínima que permitiria a aplicação imediata do direito da concorrência no Mercosul.

2. Antecedentes

O tema de política de concorrência tem sido objeto de debate público na Argentina desde 1909, quando dois deputados apresentaram um projeto de lei para coibir condutas monopolistas no mercado de carnes e derivados. Outros projetos mais abrangentes foram debatidos na Câmara em 1913 e 1917, preparando o caminho para a aprovação da primeira lei antitruste (ou anti-monopólios, como era chamada a lei 11.210) em 1919.⁴ Naquele momento, apenas quatro outros países possuíam leis desse tipo: Canadá (desde 1889), Estados Unidos (1890), Austrália (1906) e Nova Zelândia (1908). Na Europa, por exemplo, o direito da concorrência só começou a ser aplicado após a Segunda Guerra Mundial. Tal como ocorria no resto do mundo, à exceção dos Estados Unidos, a lei argentina permaneceu inútil por várias décadas, não obstante as mudanças introduzidas no início do governo Perón (lei 12.906, de dezembro de 1946), que não tiveram qualquer consequência prática, como notou Cabanellas (1983). Em 1980, quando a política de concorrência já havia adquirido relevância entre os países industrializados, uma nova lei foi aprovada na Argentina, procurando incorporar alguns avanços da experiência internacional nessa área. A principal inovação introduzida pela lei 22.262, de 1.8.80, foi a de eliminar o excesso de rigor da legislação anterior, que ao considerar crime todos os tipos de conduta anti-competitiva tornava inviável uma aplicação sensata da lei. Além de enunciar uma tipologia ampla das condutas a serem reprimidas, a nova lei criou a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC), um órgão vinculado à Secretaria de Indústria e Comércio do Ministério da Economia. A comissão tinha cinco membros nomeados pelo Ministro da Economia. O presidente era um dos Subsecretários da Secretaria de Indústria e Comércio, e os demais membros, dois advogados e dois economistas, possuíam mandato de quatro anos.

A lei 22.262 inaugurou uma nova etapa da experiência argentina, na qual a política de concorrência passou a cumprir funções cuja importância iria crescer ao longo dos anos 80 e 90, apesar de duas limitações do novo marco institucional. Por um lado, a lei cuidava apenas de condutas, abdicando de uma das atribuições centrais da política de concorrência em diversos países, que é a regulação dos atos de concentração econômica. Por outro, o Secretário de Indústria e Comércio era a autoridade máxima nas questões relativas à política de concorrência. Assim, sempre que a atuação da CNDC entrasse em conflito com outras políticas governamentais, como é usual em qualquer país, uma solução conveniente ao Secretário seria a de ignorar a substância do conflito e simplesmente demitir o presidente

⁴ Vide Cabanellas, 1983, pp. 58-74. A característica mais notável da lei 11.210 foi a de tentar enfrentar um problema que até hoje preocupa as autoridades antitruste no mundo inteiro: os cartéis do setor de transportes. O artigo primeiro dizia o seguinte: “Declárase delito todo convenio, pacto, combinación, amalgama o fusión de capitales tendientes a establecer o sostener el monopolio y lucrar con él, en una o más ramas de la producción, del tráfico terrestre, fluvial o marítimo, o del comercio interior o exterior, en una localidad o en varias, o en todo el territorio nacional.” (Cf. Cabanellas, 1983, p. 59).

da CNDC. Estas limitações tornaram-se cada vez mais evidentes na segunda metade da década de noventa, à medida em que evoluía o processo de reformas econômicas no plano doméstico, e a agenda externa do país passava a incluir negociações simultâneas envolvendo política de concorrência em distintos foros, como o Mercosul, a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) e a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Essas limitações foram finalmente superadas em 1999, com a aprovação da lei 25.156, que além de regular os atos de concentração e estabelecer o Tribunal de Defesa da Concorrência, expandiu o âmbito de aplicação da lei, que passou a ter efeitos extraterritoriais, conforme definido no seu artigo terceiro. O Tribunal é integrado por sete membros, dos quais pelo menos dois serão advogados e os demais economistas, que exercerão suas funções com dedicação exclusiva (exceto atividades docentes) durante seis anos, sendo permitida a recondução. A cada três anos o Tribunal é renovado parcialmente, abrindo-se três vagas na primeira oportunidade, e quatro vagas na segunda, cujo preenchimento é feito segundo normas que visam fortalecer a autoridade de seus ocupantes, conforme descreve o artigo 19: “Los miembros del Tribunal serán designados por el Poder Ejecutivo nacional previo concurso público de antecedentes y oposición ante un Jurado integrado por el Procurador del Tesoro de la Nación, el secretario de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, los presidentes de las comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas.”

No Brasil a experiência foi similar. Em 1938 o governo ditatorial de Getúlio Vargas editou o decreto-lei 839, que regulava as condições de concorrência através do direito penal, tal como ocorreu na Argentina até 1980.⁵ Segundo aquele decreto, seria considerado crime contra a economia popular todo fato que representasse um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um número indefinido de pessoas (cf. Hungria, 1939; Vaz, 1993). Estavam incluídos nesta categoria os acordos de exclusividade, as tentativas de dominar mercados, a prática de *dumping*, a gerência comum de mais de uma empresa, além de outras condutas como as seguintes: “promover ou participar de consórcio, ajuste, aliaça ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio” (cf. Borges da Fonseca, 1997, p. 125). Tais crimes eram inafiançáveis, e estavam sujeitos a penas que poderiam variar de dois a dez anos de prisão, além de pesadas multas.

Segundo Shieber (1966), o decreto-lei 839 foi usado uma única vez, num caso envolvendo a subsidiária brasileira da *Standard Oil Co.*, que estaria impondo cláusulas abusivas em contratos firmados com postos de gasolina. Visando esclarecer o assunto, a *Standard Oil* solicitou que Consultor-Geral da República opinasse sobre a legalidade das cláusulas. O Consultor-Geral, Dr. Anibal Freire, deu razão aos proprietários de postos de gasolina e submeteu o parecer ao presidente Vargas, que redigiu o seguinte despacho: “Aprovado. A consulente deve modificar seus contratos e instruções no sentido de submeter-se à lei que define os crimes contra a economia popular” (cf. Vaz, 1993, pp.247-8). Entretanto, nenhuma penalidade foi aplicada.

⁵ O decreto foi redigido pelo jurista Nelson Hungria, que utilizou explicitamente o Código Penal argentino vigente à época, além de outras fontes, como a jurisprudência norte-americana e o Direito Penal alemão (cf. Hungria, 1939; Vaz, 1993).

O direito da concorrência foi introduzido na Constituição brasileira em 1946, graças à atuação do deputado Agamenon Magalhães,⁶ que conseguiu aprovar a seguinte redação para o artigo 148: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.” Para regulamentar este artigo, ele submeteu ao congresso o projeto de lei no. 122 em abril de 1948, dando origem a um debate parlamentar que iria se estender até setembro de 1962, quando foi aprovada a lei 4.137, que aboliu a legislação sobre crimes contra a economia popular e procurou aproximar os instrumentos jurídicos brasileiros ao estilo antitruste norte-americano. Dentre as diversas inovações introduzidas naquele momento, destaca-se a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), “com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta Lei.” (Artigo 8)

A lei 4.137 cumpriu no Brasil um papel similar àquele desempenhado pela lei 22.262 na Argentina. Por um lado, significou um avanço institucional importante e manteve presente na agenda pública o debate sobre as condições de concorrência da economia. Por outro lado, os objetivos enunciados em setembro de 1962 só iriam ser efetivamente alcançados trinta anos depois, com a lei 8.884 que em 1994 reformulou, uma vez mais, o marco institucional brasileiro.⁷ Desde então o CADE, atuando em articulação com Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vem exercendo todas as funções que hoje em dia são atribuídas a um tribunal da concorrência nas economias abertas.

3. A dimensão regional do processo de concorrência

Após 20 anos de governos militares e cinco décadas de estratégias industriais baseadas na substituição de importações, as relações econômicas entre Argentina e Brasil eram quase nulas em meados dos anos 80. A situação começou a mudar rapidamente a partir da assinatura dos protocolos bilaterais em 1986, adquirindo um ritmo ainda mais intenso depois que o Tratado de Assunção lançou o Mercosul em março de 1991. Entre 1990 e 1998 os fluxos anuais de comércio bilateral saltaram de 3.3 para 19.1 bilhões de dólares, enquanto que os investimentos diretos transfronteiriços alcançaram o montante de U\$ 9.1 bilhões durante a década (ver Kosacoff e Porta, 1997; Bonelli, 2001; Chudnovsky, 2001). Esta cifra parece modesta quando comparada, por exemplo, com o total mundial de investimento direto estrangeiro, que em 1999 foi de U\$ 800 bilhões (cf. UNCTAD, 2001). De fato, a expansão empresarial intra-Mercosul tem se concentrado preponderantemente em iniciativas de médio porte (cf. Bonelli, 2001), em contraste com as mega-fusões que se tornaram frequentes no passado recente entre corporações dos países industrializados. No entanto, é inequívoco que o processo de integração no Mercosul já alcançou um estágio em que as condições de concorrência nos mercados domésticos dos países membros se tornaram interdependentes e só podem ser avaliadas corretamente a partir de uma perspectiva regional.

⁶ Agamenon Magalhães (1893-1952) foi um político influente ao longo de várias décadas. Participou da Revolução de 1930, foi autor do primeiro projeto de previdência social no Brasil, e durante o período Vargas (1930-1945) foi Ministro do Trabalho, interventor federal em Pernambuco e Ministro da Justiça.

⁷ “Em sua primeira fase, de 1963 até 1990, o CADE cuidou de 337 procedimentos ingressados, dos quais foram instaurados 117 processos e apenas 16 foram condenados. Destes, todos tiveram a condenação suspensa pelo Poder Judiciário, após recursos das partes inconformadas. Ademais, nenhum dos processos com base na lei antitruste vigente teve repercussão significativa, no sentido de ter chegado a condenar empresa de grande porte no país.” (Salgado, 1997, p. 176) O papel marginal do CADE nesse período também é apontado por Farina (1990).

Do ponto de vista das autoridades antitruste, as mudanças acima implicam um número crescente de casos nos quais a dimensão geográfica do mercado relevante abrange todos os membros do Mercosul. Entretanto, apesar do destaque alcançado pela política de concorrência na Argentina e no Brasil na segunda metade dos anos 90, não houve até o momento um único caso que tivesse sido objeto de cooperação entre as autoridades desses países. Isto decorre em parte das inconsistências do Protocolo de Fortaleza, apontadas na próxima seção, que poderiam ser contornadas a curto prazo pelo menos no âmbito bilateral, conforme argumenta a seção 5. Mas antes de abordar estes dois temas, é conveniente indicar, ainda que de forma anedótica, a natureza dos problemas que as autoridades argentinas e brasileiras provavelmente enfrentarão no futuro próximo, através de uma rápida revisão de alguns casos de dimensão regional examinados por aquelas autoridades nos últimos anos.

O tipo mais frequente de caso é aquele relacionado com atos de concentração que não alteram significativamente as condições de concorrência do mercado regional, ou cujos efeitos principais se concentram num só país.⁸ A análise conjunta de operações desse tipo não é inócua, já que ela permite que o mercado relevante seja definido de forma rigorosa, com consequências positivas sobre a qualidade técnica da decisão final. Um bom exemplo neste sentido é o caso AMBEV, julgado pelo CADE em março de 2000, permitindo a fusão das empresas Brahma e Antártica que passaram a controlar cerca de 75% do mercado brasileiro de cervejas. Dado que a Brahma possui participação acionária em empresas da Argentina, Paraguai e Uruguai, não há dúvidas quanto à dimensão regional do caso, embora seja também evidente que os efeitos mais importantes se concentram no mercado brasileiro. Contudo, a criação da AMBEV resultou no seguinte paradoxo: o preço ex-fábrica da cerveja no Brasil é um dos mais baixos do mundo, o mercado é dominado por uma só empresa, mas mesmo assim a produção nacional conta com uma proteção nominal de 23% conferida pela Tarifa Externa Comum (TEC) do Mercosul. É razoável supor que uma análise conjunta do caso teria ajudado a eliminar essa distorção da TEC.⁹

Nos casos de conduta, às vezes a cooperação poderá se restringir a uma simples notificação aos demais parceiros por parte da agência que estiver conduzindo a investigação, enquanto que em outras oportunidades a natureza do caso poderá requerer investigações simultâneas em mais de um país. Um exemplo do primeiro tipo foi a multa de \$109 milhões imposta pela CNDC à YPF em março de 1999, em consequência dos preços discriminatórios praticados por aquela empresa nos distintos mercados do Mercosul durante o período compreendido entre janeiro de 1996 e outubro de 1997. Neste caso, todas as informações necessárias para caracterizar a conduta e os seus efeitos puderam ser coletadas pela CNDC em território argentino. Um exemplo que se enquadraria no segundo tipo seria a denúncia que estava sendo investigada pela CNDC no primeiro semestre de 2001 a respeito de um possível conluio entre a Cámara de la Industria del Calzado (Argentina) e a Abicalçados (Brasil) visando limitar as exportações brasileiras de calçados

⁸ Alguns exemplos recentes deste tipo: a permuta de ativos entre a Petrobrás e a YPF Repsol; a compra de empresas brasileiras no ramo de alimentos por parte do grupo Socma, um conglomerado industrial argentino; os investimentos do grupo Bestfoods em empresas brasileiras (Arisco) e argentinas (Refinerías de Maíz S.A.); a permuta de ativos entre empresas argentinas e brasileiras no setor de polipropileno (Vitopel e Arcor); os acordos firmados pela Cia. Petroquímica do Sul (Copesul) para fornecer eteno e propeno aos seus clientes no Mercosul; etc.

⁹ Devido aos custos de distribuição e transporte, o poder de competição dos produtos importados é muito limitado no mercado de cervejas, mesmo em economias pequenas como Uruguai e Paraguai. Entretanto, ainda que a proteção aduaneira seja em grande medida supérflua, qualquer alíquota diferente de zero serve apenas para reforçar o poder da AMBEV diante dos demais concorrentes locais. Este aspecto, que não foi considerado pelo CADE ao aprovar a fusão, poderia ter sido objeto de um debate regional, caso a CNDC tivesse participado da análise.

para a Argentina. Neste caso, a investigação seria obviamente mais eficaz se conduzida simultaneamente em ambos países.

A experiência internacional, notadamente a do acordo Estados Unidos–União Européia, já demonstrou que a cooperação entre autoridades antitruste envolve não apenas dificuldades técnicas e operacionais, como o uso de metodologias comuns para definir mercados relevantes, a confiança recíproca no trato de informações confidenciais e agilidade nos processos decisórios; mas também eventuais conflitos de interesse entre grupos nacionais poderosos, acarretando elevada sensibilidade política. O Mercosul certamente não será uma exceção a essa norma. Por exemplo, em 20 de junho de 2001, o CADE decidiu arquivar o processo que a Direct TV (uma rede de televisão por assinatura via satélite) estava movendo contra a Rede Globo de Televisão, arguindo abuso de posição dominante por parte desta. Desde 1996 a Direct TV estava tentando conseguir o direito de transmitir o sinal da TV Globo em igualdade de condições com a Sky, uma subsidiária da Rede Globo que opera em cinco capitais brasileiras (Porto Alegre, São Paulo, Rio de Janeiro, Recife e Salvador). Na Argentina, a Direct TV é controlada pelo Grupo Clarín, e ali também o seu principal competidor é a Sky. Assim, não é improvável que a disputa venha a se repetir brevemente no âmbito do Mercosul, gerando um confronto explícito entre os dois mais influentes grupos econômicos da região. As duas próximas seções deste artigo discutem os instrumentos disponíveis pelos países do Mercosul para lidar com problemas deste tipo.

4. Escopo e limitações do Protocolo de Fortaleza

Para enfrentar de forma abrangente as questões acima referidas, os países do Mercosul assinaram em dezembro de 1996 o Protocolo de Fortaleza, que definiu um conjunto de procedimentos, *a ser implementado num período de dois anos* (sic), dirigido à harmonização das condições de concorrência nos mercados domésticos dos países membros. Tal como fizeram outros acordos regionais nas últimas duas décadas (vide Lloyd e Vautier, 1999; Tavares, 2001), o objetivo fundamental do protocolo é impedir que os benefícios do processo de integração sejam erodidos por barreiras advindas de condutas empresariais ou políticas públicas. Com relação às ações governamentais, o protocolo destaca os dois tópicos relevantes para o Mercosul: subsídios e medidas antidumping; quanto ao setor privado, contém instrumentos para reprimir práticas anticompetitivas de escopo regional e para controlar fusões e aquisições que alterem as condições de concorrência em mais de um país.

Apesar de identificar os principais problemas a serem tratados, de propor soluções ajustadas às peculiaridades do Mercosul (evitando, por exemplo, a criação de instâncias supra-nacionais), e de enfatizar a urgência das medidas ali acordadas, o protocolo não foi aplicado até o presente. A origem deste paradoxo pode ser explicada a partir do relato apresentado nas seções anteriores. Por um lado, as providências anunciadas em Fortaleza constituem um desdobramento natural dos compromissos firmados no Tratado de Assunção, cujo artigo primeiro estabeleceu metas ambiciosas para o processo de integração regional, envolvendo a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os países membros nas áreas fiscal e monetária, de comércio exterior, agricultura, indústria e serviços; ao lado da harmonização de legislações nacionais nas matérias que se fizerem necessárias. Portanto, a preparação de normas comuns para a defesa da concorrência está diretamente associada à agenda de implantação do Mecosul (cf. Tavares e Tineo, 1998; Peña, 2001). Mas, por outro lado, os signatários do protocolo de Fortaleza não revelaram qualquer preocupação quanto ao estado das instituições antitruste na região. No momento da assinatura do protocolo, o Brasil era o único país do Mercosul que possuía os instrumentos mínimos indispensáveis à implementação dos compromissos ali firmados.

Paraguai e Uruguai até hoje não têm instituições antitruste,¹⁰ e a lei argentina só passou a tratar de fusões e aquisições depois de 1999. Entretanto, os procedimentos descritos no protocolo presupõem a existência de agências antitruste em todos os Estados Membros, ainda que, de fato, aqueles procedimentos sejam conflitantes com a natureza das funções cumpridas por tais agências.

Esta dicotomia entre o escopo normativo do protocolo e o estado das instituições nacionais implicou uma série de inconsistências que estão retardando a execução das metas definidas em Fortaleza. A limitação fundamental reside no processo decisório estabelecido para tratar os casos de dimensão regional, onde as autoridades nacionais antitruste ficaram reduzidas à condição de conselheiras da Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) (vide capítulo V do protocolo). Ao transferir o poder decisório à CCM, o protocolo trata os conflitos oriundos do processo de concorrência como se fossem disputas mercantilistas. Não por acaso, o artigo 2 estabelece que o âmbito de aplicação das normas abrange apenas eventos que tenham impacto sobre o comércio entre as partes. Desta maneira, permanecem impunes várias práticas comuns no setor de serviços, por exemplo, onde o poder monopolista de uma empresa estabelecida num país pode ser suficiente para impor restrições à qualidade dos serviços oferecidos no país vizinho, ou influir na estrutura de preços domésticos, sem provocar consequências evidentes nos fluxos de comércio. Além disso, o protocolo impede que as autoridades antitruste cumpram uma função estratégica no processo de integração, que é a de cooperar com as contrapartes dos países vizinhos na promoção da eficiência produtiva e do interesse do consumidor em âmbito regional. De fato, são usuais conflitos transfronteiriços em que, de um lado, as autoridades antitruste da região encontram-se unidas no combate a uma determinada prática; e, de outro, órgãos de governo, empresas ou associações privadas dos respectivos países estão aliados na defesa dos privilégios advindos daquela prática. O protocolo não contempla este tipo de conflito.

Uma das expectativas geradas pelo protocolo foi a de que ele iria permitir a abolição de medidas antidumping entre os membros do Mercosul. O principal usuário deste instrumento tem sido a Argentina que, entre março de 1991 e junho de 2000, abriu 41 investigações envolvendo os seus parceiros na região, das quais 38 afetaram o Brasil. Neste período, o Brasil iniciou dois processos contra a Argentina e dois contra o Paraguai que, tal como o Uruguai, não usou este tipo de medida até o momento (vide Tavares e outros, 2001). No vocabulário antitruste, dumping é sinônimo de preço predatório, um tipo de conduta que costuma ser mais frequente nos livros de microeconomia do que no cotidiano da política de concorrência. Por outro lado, é sabido que a principal função das medidas antidumping é a de conceder proteção temporária às indústrias que não estão preparadas para enfrentar a concorrência de produtos importados. Assim, para abolir tais instrumentos, o obstáculo relevante a ser enfrentado pelos governos dos países do Mercosul é o de corrigir os desníveis de eficiência produtiva no interior da região. A contribuição potencial das autoridades antitruste nesta tarefa é apenas indireta, ao estimular a coerência das políticas domésticas que afetam as condições de concorrência e ao tratar o interesse nacional de forma abrangente.

Em artigo recente, Felix Peña (2001) apresentou uma ampla lista de providências voltadas à implantação do protocolo e à correção de suas falhas. Uma parte da lista relembra os compromissos que os governos já deveriam ter cumprido desde dezembro de 1998, como a edição de normas regionais para controlar fusões e aquisições (art. 7) e as

¹⁰ No Uruguai, algumas normas gerais sobre defesa da concorrência foram introduzidas recentemente através das leis 17.243 (capítulo IV), de 29.06.2000, e 17.296 (artigos 157 e 158), de 21.02.2001. Em 15 de março de 2001, um decreto presidencial deu início à regulamentação desses instrumentos, estabelecendo que a Dirección General de Comercio (DGC), será a autoridade responsável nesta matéria. A DGC é subordinada ao Ministro de Economía e Finanzas.

disciplinas sobre ajudas estatais (art. 32); e outros que pelo menos já deveriam estar em andamento, como o programa de cooperação entre as agências antitruste do Mercosul (art. 30). A lista também contém sugestões para melhorar a qualidade do processo decisório definido no capítulo V, como a nomeação de painéis de peritos independentes para julgar os casos de dimensão regional, e de instâncias de apelação. Além disso, Peña aponta a necessidade de programas de cooperação técnica internacional, sobretudo para apoiar o processo de formulação de leis e de criação de agências antitruste no Paraguai e Uruguai. Por fim, ele destaca a importância da cooperação bilateral entre Argentina e Brasil.

A proposta esquematizada adiante na seção 6 aborda apenas o último ponto da lista acima e, por motivos práticos e estratégicos, posterga os demais. A razão prática é que a cooperação entre Argentina e Brasil independe, de fato, do Protocolo de Fortaleza, já que os poderes extraterritoriais de ambas leis nacionais fornecem amparo jurídico suficiente para qualquer tipo de ação conjunta em matéria antitruste, conforme vimos anteriormente. A razão estratégica é que, uma vez iniciada a cooperação, novas dimensões do processo de integração no Mercosul começarão a atrair a atenção da imprensa, dos governantes e da opinião pública. Ao lado do noticiário usual sobre saldos comerciais, política cambial e conflitos setoriais, gradualmente novos temas ganharão relevância, onde os aspectos proeminentes estarão relacionados com poder econômico, eficiência produtiva, oportunidades de investimento, emprego e bem estar do consumidor. Esta mudança no foco do debate público poderá criar as condições políticas para a realização de objetivos meritórios do protocolo, como a abolição das medidas antidumping e a racionalização dos incentivos fiscais, além gerar evidências na direção de um marco alternativo para regular as condições de concorrência na região. A próxima seção discute os fundamentos deste marco alternativo.

5. Os acordos de cortesia positiva

Na década de noventa, diante do número crescente de casos de mega-fusões entre empresas transnacionais e de condutas anticompetitivas com dimensão internacional, ao lado da ausência de instrumentos multilaterais para lidar com esses problemas, os governos dos países industrializados foram levados a introduzir uma inovação em suas relações bilaterais, através da assinatura de acordos de cooperação antitruste baseados no princípio de “cortesia positiva”. Tais acordos costumam ter o seguinte conteúdo: [a] Mútua notificação das investigações iniciadas em cada país, desde que afetem os interesses do outro signatário, tanto na área de fusões e aquisições quanto na de práticas anticompetitivas. As notificações devem ser suficientemente detalhadas, a fim de permitir que o outro signatário possa avaliar a relevância dos impactos (efetivos ou potenciais) de cada caso sobre a sua economia doméstica, e devem incluir a natureza das atividades sob investigação e penalidades previstas. Sempre que possível, as notificações incluem também os nomes e a localização das pessoas envolvidas. [b] Os funcionários das agências de cada país podem visitar o outro país durante o curso das investigações. [c] Cada país pode solicitar que o outro inicie uma investigação sobre condutas anticompetitivas ali vigentes, ainda que os danos ocorram exclusivamente no primeiro país. [d] Assistência recíproca na localização de testemunhas, coleta de evidências e depoimentos no território do outro signatário. [e] Encontros regulares das autoridades para discutir a evolução das respectivas políticas domésticas e intercambiar informações sobre setores econômicos de interesse mútuo.

Cortesia positiva é um neologismo que foi incorporado ao vocabulário antitruste para descrever situações em que dois países decidem aplicar de forma recíproca as normas de extraterritorialidade contidas em suas respectivas legislações. Assim, os acordos de cooperação acima descritos não implicam qualquer alteração nas leis nacionais e, de fato,

todas as providências ali estabelecidas poderiam ser realizadas independentemente da assinatura de qualquer protocolo, já que o instrumento que confere poder jurídico àquelas ações não é o acordo de cortesia positiva, mas a lei nacional.¹¹ Entretanto, acordos deste tipo cumprem importantes funções operacionais e políticas, como a de facilitar as investigações sobre eventos ocorridos no exterior, fortalecer a confiança mútua entre as autoridades antitruste e alertar o setor privado sobre a efetividade das novas disciplinas.

O acordo assinado pelos Estados Unidos e a União Européia em 1991 tornou-se rapidamente o exemplo mais notável de cortesia positiva da atualidade. Como mostra a tabela 1, desde 1992 este acordo vem originando um fluxo de notificações sempre superior a 100 casos por ano, tendo acumulado o total de 1.162 ao final da década, dos quais 689 foram referentes a condutas anticompetitivas e 473 a fusões e aquisições. Um dos relatórios recentes da Comissão Européia descreve alguns aspectos da rotina operacional dessa cooperação: *“In all cases of mutual interest it has become the norm to establish contacts at the outset in order to exchange views and, when appropriate, to coordinate enforcement activities. The two sides, where appropriate, seek to coordinate their respective approaches on the definition of relevant markets, on possible remedies in order to ensure that they do not conflict, as well as on points of foreign law relevant to the interpretation of an agreement or to the effectiveness of a remedy. Cooperation under this heading has involved the synchronization of investigations and searches. This is designed to make fact-finding action more effective and helps prevent companies suspected of cartel activity from destroying evidence located in the territory of the agency investigating the same conduct after its counterpart on the other side of the Atlantic has acted.”* (Comissão Européia, 1998, p. 339)

Tabela 1
Acordo de Cooperação Estados Unidos—União Européia: Casos Notificados, 1991-1999

Ano	Práticas Anti-Competitivas		Fusões		Total
	UE	USA	UE	USA	
1991	5	12	3	9	29
1992	26	40	11	31	108
1993	44	40	20	20	124
1994	29	35	18	20	102
1995	42	35	31	18	126
1996	48	38	35	27	148
1997	42	36	30	20	128
1998	52	46	43	39	180
1999	70	49	59	39	217
Total	358	331	250	223	1.162

Fonte: Comissão Européia, Relatórios sobre Política de Concorrência (1998, 1999).

¹¹ A rigor, um acordo de cortesia positiva só adquire funções efetivas de um tratado internacional quando a lei nacional de algum dos signatários não tiver alcance extraterritorial. Por exemplo, em abril de 2001, Canadá e Costa Rica assinaram um tratado de livre comércio que contém um capítulo regulando a cooperação bilateral sobre política de concorrência. Do ponto de vista da Costa Rica, o tratado amplia o alcance de sua lei 7472, de dezembro de 1994, que agora passou a ter efeitos extraterritoriais, mas restritos apenas a eventos ocorridos no Canadá.

Uma limitação óbvia dos acordos de cooperação bilateral é a sua reduzida eficácia para coibir práticas originadas em terceiros países, e este problema continuará existindo enquanto não houver um marco multilateral para regular o processo de competição internacional. Outra dificuldade diz respeito à troca de dados confidenciais nos casos de cartéis, sobretudo quando as informações foram obtidas através de acordos de leniência.¹² Além disso, determinados casos de fusões e aquisições podem gerar consequências assimétricas, quando os ganhos de eficiência se concentram nas empresas de um país e as distorções advindas da concentração econômica se concentram no outro. Por exemplo, em 1997, a Comissão Européia exigiu uma série de condições para aprovar a fusão Boeing/McDonnell Douglas, enquanto que a intenção original das autoridades americanas era a de aprovar sem restrições aquela operação. Entretanto, após dez anos de experiência e mais de 1200 eventos, só houve um caso em que as duas partes não conseguiram superar as divergências, quando em 3 de julho de 2001 a Comissão decidiu proibir a compra da Honeywell pela General Electric, que os americanos gostariam de ter aprovado.

Assim, cortesia positiva não é uma panacéia, mas uma solução transitória para remediar parcialmente um problema de âmbito multilateral. Sua principal virtude é a de evitar que interesses nacionais conflitantes sejam abordados sob a perspectiva estreita das negociações mercantilistas setoriais. Ao invés proteger apenas os interesses dos exportadores e das empresas que competem com importações, os governos são levados a considerar outras dimensões do interesse nacional, como a eficiência agregada da indústria doméstica e o bem estar do consumidor. A experiência transatlântica, e outras como as da Austrália/Nova Zelândia e Canadá/Estados Unidos vem fornecendo ilustrações eloquentes dos benefícios que esta mudança de enfoque promove.

6. Conclusão

Em outros trabalhos sobre política de concorrência no Mercosul, como os de Tavares e Tineo (1998), Flores (2001) e Peña (2001), o tema central é o Protocolo de Fortaleza, que é analisado sob a ótica dos compromissos estabelecidos pelo Tratado de Assunção, particularmente aqueles relativos ao controle de subsídios e à eliminação de medidas antidumping na região. O presente artigo procurou mostrar, entretanto, que o ponto de partida relevante para tratar as questões da concorrência no Mercosul não é aquele protocolo, mas as leis antitruste da Argentina e do Brasil, que fornecem o amparo jurídico adequado para a cooperação regional nesta matéria. Além disso, conforme indicou a seção 3, tal cooperação continuará sendo necessária independentemente da evolução institucional do Mercosul nos próximos anos, e proverá evidências que eventualmente ajudarão a superar a principal limitação do protocolo, que é o seu viés mercantilista, como vimos na seção 4.

Assim, em contraste com a ampla lista de providências indicadas por Felix Peña, a discussão anterior sugere ignorar temporariamente o Protocolo de Fortaleza, e aguardar o momento oportuno para reescrevê-lo. Neste ínterim, a seguinte agenda mínima poderia ser implementada pelas autoridades antitruste argentinas e brasileiras:

- Anunciar que, em virtude dos efeitos extraterritoriais das leis de ambos países, as condutas anticompetitivas e os atos de concentração com impacto regional

¹² As leis de diversos países contém cláusulas de leniência que concedem imunidades aos membros de um cartel que decidam cooperar com as autoridades. Entretanto, até o momento, a Comissão Européia e o governo americano não conseguiram encontrar uma solução que permitisse unificar a aplicação daquelas cláusulas no âmbito da cooperação bilateral. Para uma discussão sobre a eficácia dos programas de leniência e suas consequências internacionais, vide OECD (2001) e Corrêa e Guanais (2001).

passariam a ser investigados conjuntamente pelas autoridades. Os procedimentos da cooperação bilateral seriam de conhecimento público e compreenderiam as rotinas usuais nos acordos de cortesia positiva, conforme comentado na seção 5.

- Tal como faz regularmente a Comissão Europeia, as autoridades divulgariam não só os casos resolvidos, destacando os critérios que orientaram as decisões, como também os eventuais conflitos de interesses nacionais e seus respectivos fundamentos.
- Similar publicidade seria conferida aos impactos que os casos examinados estariam provocando nos mercados domésticos do Paraguai e Uruguai, com o objetivo explícito de provocar o debate público sobre questões da concorrência, e eventualmente estimular o progresso do direito antitruste naqueles países.
- Com base na experiência acumulada após haver resolvido um número razoável de casos importantes, as autoridades antitruste apresentariam aos seus respectivos governos uma redação alternativa para o Protocolo de Fortaleza, que finalmente conteria as normas adequadas para regular a concorrência no Mercosul.

Por fim, cabe registrar algumas consequências adicionais do argumento desenvolvido neste artigo. A primeira é a de que embora a agenda acima seja independente dos rumos do Mercosul, a recíproca não é verdadeira, posto que as transformações recentes da economia mundial conferiram um papel central à política de concorrência em todos os processos contemporâneos de integração regional, como bem ilustram exemplos tão distintos como a União Europeia e Austrália-Nova Zelândia. De fato, as evidências apresentadas nas seções anteriores mostram que, no caso do Mercosul, o dilema relevante não reside na opção *área de livre comércio versus união aduaneira*, mas na escolha dos instrumentos que permitam unificar as condições regionais de concorrência sem criar instituições supranacionais. A agenda acima significa um passo inicial na direção de tais instrumentos, que poderá criar as condições adequadas para outras medidas mais abrangentes, como aquelas sugeridas por Peña, visando harmonizar a política de concorrência com outras políticas discutidas neste volume.¹³

Outra consequência relevante diz respeito à Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), cuja agenda também inclui política de concorrência, não obstante o fato de que vários de seus membros não tenham leis sobre essa matéria. Como mostrei em outro trabalho (Tavares, 2001), devido às disparidades existentes entre as 34 economias que participam deste empreendimento, os mecanismos de cooperação antitruste em âmbito hemisférico só serão efetivos a longo prazo, e seu formato será influenciado pelos eventos em curso nas sub-regiões. Portanto, ao contrário de outros aspectos do processo de integração, a política de concorrência constitui uma área na qual o Mercosul pode, sem dúvida, avançar mais rapidamente do que a ALCA.

Referências

- Assis de Almeida, José Gabriel (2001), "A Aplicação 'Extra-Territorial' do Direito da Concorrência Brasileiro", **Arché**, vol. 10, no. 29, Rio de Janeiro.
- Bonelli, Regis (2001), "Fusões e Aquisições no Mercosul", in Renato Baumann (ed.), **Mercosul: Avanços e Desafios da Integração**, IPEA/CEPAL, Brasília.
- Borges da Fonseca, José Júlio (1997), **Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais**, Editora Atlas, São Paulo.
- Cabanellas, Guillermo (1983), **Derecho Antimonopolico y de Defensa de la Competencia**, Editorial Heliasta, Buenos Aires.

¹³ Ver especialmente as análises de Laplane sobre a promoção de competitividade internacional, e de Chudnovsky-López sobre atração de investimentos.

- Comissão Europeia (1998), **28th Report on Competition Policy**, Bruxelas.
- Corrêa, Paulo, e Guanais, Frederico (2001), "Building a Leniency and Immunity Policy: The Recent Brazilian Experience", **Arché**, vol. 10, no. 29, Rio de Janeiro.
- Chudnovsky, Daniel (ed.) (2001), **El Boom de Inversión Extranjera Directa en el Mercosur**, Siglo Veintiuno, Buenos Aires.
- Farina, Elizabeth (1990), "Política Antitruste: A Experiência Antitruste", Texto para Discussão, USP, São Paulo.
- Flôres Jr., Renato G. (2001), "Concorrência no Mercosul: Para Além do Protocolo de Fortaleza", **Arché**, vol. 10, no. 29, Rio de Janeiro.
- Hungria, Nelson (1939), **Dos Crimes Contra a Economia Popular**, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro.
- Kosacoff, Bernardo, e Porta, Fernando (1997), "La Inversión Extranjera Directa en La Industria Manufacturera Argentina: Tendencias y Estrategias", **Estudios de La Economía Real**, No. 3, Buenos Aires
- Lloyd, Peter J., e Vautier, Kerrin M. (1999), **Promoting Competition in Global Markets**, Edward Elgar, Londres.
- Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD (2001), **Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels**, Paris.
- Peña, Félix (2001), "Una Política de Competencia Económica en el Mercosur", **Boletim Latino Americano de Concorrência**, No. 12, Bruxelas.
- Salgado, Lucia Helena (1997), **A Economia Política da Ação Antitruste**, Editora Singular, São Paulo.
- Shieber, Benjamin (1966), **Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- Tavares de Araujo Jr., José (2001), "Competition Policy", *in* José Manuel Salazar-Xirinachs e Maryse Robert (eds.), **Toward Free Trade in the Americas**, Brookings Institution Press, Washington, D.C.
- Tavares de Araujo Jr., José, e Tineo, Luis (1998), "Harmonization of Competition Policies Among Mercosur Countries", **The Antitrust Bulletin**, Vol. XLIII, no. 1.
- Tavares de Araujo Jr., José; Macario, Carla, e Steinfatt, Karsten (2001), "Antidumping in the Americas", **OAS Trade Unit Studies**, Washington DC, (Disponível em www.sice.oas.org).
- United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD (2001), **World Investment Report**, Genebra.
- Vaz, Isabel (1993), **Direito Econômico da Concorrência**, Forense, Rio de Janeiro.

4.2 THE ROLE OF PEER REVIEW IN A MULTILATERAL FRAMEWORK ON COMPETITION POLICY

Andrea Bruce
Investment Trade Policy
Department of Foreign Affairs and International Trade
Ottawa, Canada

Introduction

Thank you for inviting me to speak at this UNCTAD event. I would like to take this opportunity to share with you some of Canada's views on peer review in a potential Multilateral Framework on Competition Policy (MFC). My presentation will begin by briefly presenting the benefits of an MFC, though previous speakers have already highlighted most of these issues. Then the presentation is divided into three parts: 1) core principles, 2) capacity building, and 3) peer review.

In Canada's view, peer review at the WTO will reinforce the core principles and other elements in an MFC, and contribute to building institutional capacity of Members in the implementation and enforcement of competition law and policy.

An MFC would provide a number of important benefits to Members.

- First, since competition elements are currently scattered throughout the WTO agreements, an MFC would establish a coherent set of principles for sound competition policy.
- Second, private anti-competitive conduct can restrict trade, so an MFC would ensure open and competitive markets for international trade and investment.
- Third, an MFC will promote the development of competition law and build institutional capacity in all WTO Members.
- Fourth, it will reduce the cost global anti-competitive conduct, such as hard core cartels, which we know can have a detrimental impact on the economies of Member States and on international trade.
- Finally, an MFC will encourage cooperation among Members, which is increasingly important with the prevalence of cross-border anti-competitive activities that can affect the interests of more than one country.

Core Principles

The core principles of non-discrimination, transparency and procedural fairness should be a fundament part of an MFC. These principles are flexible. They have been adapted to specific subject matter at the WTO, and can be tailored to a "new issue" like competition policy, which should be largely congruent with these core principles.

The adherence to the three core principles in the application of competition law and policy is likely to stimulate trade and investment. First, the non-discrimination principle would ensure equal opportunities for all entrants to conduct business. As such, it promotes competitive markets. Second, the transparency principle promotes the rules-based approach of the WTO, and provides information to all economic actors, which fosters confidence in an economy. Third, procedural fairness would ensure fair and equitable procedures, for example the right to be heard, right to appeal and the protection of confidential information.

An illustration of how the core principles are applied to competition law and policy is the Canada Costa Rica Free Trade Agreement. The Chapter on Competition Policy outlines commitments for each of the core principles to:

- ensure that measures to proscribe anti-competitive activities and enforcement actions are applicable without regard for the nationality of the business involved;
- ensure that such measures are published or otherwise made publicly available; and
- ensure a number of procedural fairness guarantees for persons directly affected by competition proceedings, such as the opportunity to make submissions, the protection of confidential information, and access to a review process for final decisions.

It is worth noting that the Chapter is not subject to dispute settlement. Instead, consultation and cooperation provisions can be used to resolve disagreements arising from the interpretation of the Chapter.

Capacity Building

Canada believes that each country should have the capacity and tools to maintain and foster open and competitive markets. This includes the implementation of a sound competition law and the establishment of an independent enforcement authority with adequate powers and resources to effectively remedy anti-competitive practices. Sound competition law facilitates business activity, promotes economic growth and development, and ensures economic efficiency.

Many WTO Members do not have competition laws or lack enforcement capabilities. Therefore, a key objective of an MFC will be to encourage and promote the development of competition laws and institutions in all Member countries.

For competition law to be sound, it needs to be developed to meet each countries' national interests and specific needs. The implementation of competition law is an ongoing process however, and takes experience and expertise. Thus, an MFC must reflect these capacity building needs.

Finally, related to capacity building, it is worth noting that competition policy is an important component of the trade and investment policy dialogue, and the overall Trade Related Technical Assistance efforts, such as the Hemispheric Cooperation Program that is currently being developed in the Free Trade Area of the Americas (FTAA) process. Greater international dialogue can lead to a greater compatibility of approaches and encourage voluntary cooperation, which is beneficial in reducing the likelihood of frictions among Members, as well as duplication of enforcement efforts.

Peer Review

Canada views peer review as an integral part of the overall capacity building strategy for competition policy. In Canada's view, a peer review mechanism in an MFC would have two objectives.

- 1) First, as an ongoing, educative and information sharing mechanism, and
- 2) Second, as non-binding compliance mechanism, for an alternative to binding dispute settlement.

Section IV. Reflexions on the options and implications of a possible multilateral framework on Competition

First, peer review would provide an opportunity for ongoing learning and information sharing to allow Members to better understand each other's competition policies and their enforcement.

Peer review has the advantage of being an open and non-confrontational forum for Members to transfer knowledge and share experiences.

Peer review will also contribute to institution building. For countries with recently established competition regimes, a peer review dialogue can provide guidance on applying a new competition law and building competition institutions. For countries without a competition law, it would provide an opportunity to evaluate different approaches for developing an appropriate competition system and to better understand how competition policy can contribute to regulatory reform and development objectives.

Peer review has a number of benefits, such as fostering dialogue and cooperation among Members. It also provides an opportunity for Members to evaluate processes and develop recommendations to improve them. In this respect, peer review can encourage the identification of best practices with respect to enforcement and policy issues. Finally, peer review at the WTO would provide an opportunity for Members to discuss anti-competitive activities that impact trade and investment.

Second, Canada believes that peer review offers a non-binding approach to compliance to encourage implementation of commitments in any MFC. Following this approach, obligations in an MFC would not be subject to formal binding dispute settlement. Competition policy introduces new concepts, and is an area where there is little international consensus on a number of issues, such as the appropriate national policy, enforcement procedures or analytical tools. In this respect, a non-binding approach is preferable in order to foster open discussion and dialogue. This would also ensure that enforcement decisions could not be reviewed by dispute settlement panels.

A peer review alternative promotes compliance based on assessing competition regimes against agreed principles and standards. Finally, consultations between Members would also be a component of this non-binding compliance approach.

Canada has recently been the subject of peer review exercises in the WTO, the Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC), and the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). Each of these peer review mechanisms have different objectives.

The WTO Trade Policy Review is designed to enhance the transparency of Members' trade policies and practices and to contribute to improved adherence by all Members to WTO rules and disciplines.

In APEC, the peer review is set up to review Members' Individual Action Plans (IAPs), where competition policy is one of 14 issues. The review is also intended to evaluate the efficacy of the IAP with respect to achieving free and open trade among Members.

The OECD review of national competition policies, which is part of a larger project on Regulatory Reform, is the most comprehensive review related to competition law. It is based on the premise that effective competition institutions and enforcement have been effective tools for regulatory reform. The goal of the OECD review process is to promote more efficient markets and better, more cost-effective regulation and regulatory processes. The review examines the effectiveness of competition institutions, including the adequacy of the basic legislation, enforcement structures and practices, human and financial resources, legislative and regulatory exclusions and advocacy functions.

We can learn from these different experiences in considering an appropriate design for a competition review mechanism in the WTO. First, it is important to define the objectives. As mentioned, in Canada's view there would be two clear objectives: 1) to enhance learning and information sharing and 2) to encourage implementation of commitments. Then, it will be useful to compare existing mechanisms to identify design issues that would be valuable for an MFC. For example, a valuable aspect of the OECD reviews are the non-binding and forward-looking policy recommendations, while at the WTO, identifying technical assistance priorities is an important component for Least Developed Countries.

Conclusion

Canada believes that peer review of the elements in a WTO framework is the most appropriate way forward.

First, peer review provides an opportunity for Members to share experiences, evaluate their policy framework and identify ways for improvement. The ongoing learning and information sharing enhances transparency of competition law and enforcement, promotes cooperation, and contributes to capacity building for those Members with no competition law or newly established regimes.

Second, the international dialogue fostered through peer review would reinforce the core principles of non-discrimination, transparency and procedural fairness that will be embedded in an MFC.

Finally, peer review would also reinforce compliance with the elements in an MFC, but through a non-binding approach. Peer review embraces a cooperative versus adversarial approach to the international development of competition policy norms.

4.3 MULTILATERAL COMPETITION AGREEMENT: TO WTO OR NOT TO WTO?

*(A Wanton Insight Of The Queries Worrying The Much Troubled Mind Of A WTO Negotiator:
A Decision Making Saga.)*

Romel Adames¹⁴

Why Do We Even Need To Ask This Question?

- a) The Mandate (Doha paragraphs 23-25) :
- i. (Paragraph 23):
 - Recognises that a multilateral framework can enhance the contribution of competition policy to international trade and development.
 - A consensus decision on modalities of negotiations taken during the Fifth Ministerial Conference will trigger future negotiations on an agreement at the multilateral framework level.
 - ii. (Paragraph 24): Recognises need for enhanced support for technical assistance and capacity building so that developing and least developing countries can evaluate implications of closer multilateral co-operation in this area to their policy and development objectives. A call for co-operation with other institutions including UNCTAD is made.
 - iii. (Paragraph 25): A mandate to the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy is given to address specific issues and that full account be taken in this discussions of the needs of developing and least developed country participants and appropriate flexibility be provided to address them. The work must be undertaken between the time of the mandate and the Fifth Ministerial Conference. The work realised in fulfilment of this mandate has been reflected by the Report (2002) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition To The General Council and is identified as document WT/WGT/6 of 9 December 2002.
- b) The Question: The question intends to bring into consideration a diversity of thoughts that can span the mind of the negotiators at the WTO. We are quite aware of the tremendous contributions made by many talented academics and very capable technical capital based officials to this discussion. Without them this initiative would be deprived of the coherence it has now reached. Political will rather than technical capabilities will determine if there is to be a way forward after Cancun. As always, the technical side will probably be left with a far from perfect scenario within which only their already and

¹⁴ Romel Adames is currently Ambassador, Permanent Representative for the Republic of Panama to the WTO. Mr. Adames previously served as Commissioner for Competition and Consumer Affairs in the Republic of Panama at the Comision de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC). The views expressed while benefiting of considerable exposure to the discussions at the WTO, and granted to on occasion of his post as negotiator, and otherwise unavailable to most persons, do not reflect the negotiating position of the country represented by Mr. Adames. These views will in no way bind or reflect the current or future actions, positions or opinions of the Republic of Panama at the WTO. The views are rendered exclusively on a personal basis and are solely intended to generate discussions at the Regional Seminar for Latin America and Caribbean Countries on the Post –Doha WTO Competition Issues held in San Paulo 22-25 of April of 2003.

frequently abused abilities can triumph. This paper attempts to dwell on some of those political issues.

Why Not To WTO.

- a) In God we trust, all others we Distrust: Many developing countries have a natural distrust or uneasiness towards a set of rules perceived to be the creation of developed countries. Developed countries are regarded as keen on preserving and furthering their powerful business interests abroad. This distrust has fed mainly on :
- i. Perceptions (Old habits die hard): (Arising since the time of the Uruguay Round but still the subject of debate today) The multilateral trading system advances rapidly in areas of interest to developed countries (TRIPS, Antidumping or Services), whilst not advancing enough in sectors of vital interest to developing countries like Agriculture, Textiles or modalities for the reduction and subsequent elimination of subsidies and domestic support.
 - ii. Fear (Be afraid be very afraid): A very clear and present consciousness that potential set of multilateral rules could result on a one sided exercise, ignoring the needs of developing countries. Lack of any considerable experience in the field of competition at the local level, brings acknowledgement of limitations on participation and adequate contribution for certain developing countries to a multilateral debate. Indeed, the final multilateral framework negotiated could be agreed upon without the benefit of the experiences some countries have yet to undergo. After all, sitting at the negotiating table will be countries with a culture of competition law enforcement dating back to the XIX century and those which are yet to adopt such a statute as of the XXI century.
- b) Far Horizons: WTO Plus Market Access Agenda (developing countries view): It can generally be said the focus of the WTO centres in market access and not necessarily in the fairness of a particular market from the perspective of competition policy. Whereas, it must be acknowledged that certain core principles as well as recognition of the importance of competition are reflected throughout the different agreements¹⁵, these are rather limited mentions and do not override the general market access nature of the agreements.

Introduction of a competition agreement at WTO level would then require a careful balancing act that would reconcile these two interests that as of today have been serving different masters. Whereas the WTO agreement has in general entertained the view of "fairness" in market access to all its members; competition policies have only been concerned with the "efficiency" of their own domestic markets.

Developing countries in general, pose no threat of exercising significant monopolistic practices outside their borders. Since competition is not part of the WTO Agreements, developed countries advocating for a multilateral agreement at the WTO are really engaged in using competition policy to gain additional market access concessions from developing countries. The benefits of additional market access caused by concessions in the area of competition policy would then fall on developed countries, whereas developing countries would bear the burden of compliance and of additional market access.

¹⁵ GATT (Article X regarding publication and administration of trade regulations), GATS (Article III regarding transparency) and TRIPS (Article 63 also regarding transparency) or Article VIII of GATS (abuse of a monopolistic position), Article IX of GATS (Recognition of the existence of restrictive business practices), Article 40 of the TRIPS (Licensing practices).

Many developing countries are concerned that the additional market access and rules will benefit larger more efficient foreign firms, versus local less efficient firms. In this sense it is argued that the relatively small size of the developing markets forces monopolisation in order to reach the necessary economies of scale in order to compete with imports.

Another drawback mentioned and which arises from the additional market access gained through competition, is that elimination of local competition leaves the foreign firms in a dominant position which they are prone to abuse. Moreover, to add insult to injury the elimination of local economic operators results in additional welfare loss as a significant amount of local resources will be extracted from those economies as gains by foreign firms are repatriated.

c) Is This For Me? Some Frequently Asked Questions.

- i. Small Thin Cows. In light of the small size of developing country markets, is competition policy desired in every single country and market? Where do we draw the line between costs and benefits of implementing a competition regime? Should a “de minimis” provision preclude competition from being applied to certain countries or sectors? Could the same “de minimis” threshold preclude the provisions of a multilateral agreement from being invoked and / or enforced in some given cases.
 - ii. Bad Christians Or In Any Event Recent Converts. Civil societies in developing countries are uninformed or unaware of the potential benefits brought about by competition. Society might not have a culture of competition or having recently acquired such habits, frequently repudiate their new beliefs easily. In Panama, for example, after more than seven years most of the civil society still thinks the current competition authority is responsible for price control. The civil society frequently claims for the competition authority to set prices> Those with a bit more information will claim that when price controls existed everything was cheaper and better. Without wanting to respond logically to those unwarranted perceptions, one thing remains clear: That the so called globalisation process has not been perceived as delivering the welfare benefits it promised to the consumers. Accordingly, while this perception persists, new converts in favour of competition in developing countries shall be meagre, the existing may easily repudiate their beliefs and martyrdom is certain for its few advocates.
 - iii. Will They Dance With Me? Will undertaking multilateral commitments to a competition agreement result in effective international co-operation? Will a developed country really provide assistance against one of their firms, even though the behaviour has no negative effects in the developed country? Will the amount of the issue at stake be enough to entice a developed country’s competition authority to co-operate?
- d) Is The Bar High Enough? Global Standards To National Competition Rules Vs Competition Rules On A World Wide Basis (A Developed Country View): For some countries the multilateral agreement would centre on advocating an agenda which converges on the setting of global standards to national competition rules on a world wide basis, whereas for others the emphasis would be on creating a set of world wide minimum competition rules for all.

Those countries advocating for the setting of global standards to national competition rules on a world wide basis, could argue that the “consensus” procedure of decision making at the WTO would require a great deal of compromise (even amongst developed members) and thus yield meagre multilateral standards. Meagre standards would justify

the very existence of feeble competition regimes, inhibit their need for reform and allow them to extract negotiated concessions for bringing their competition regimes to what should otherwise have been the norm.

- e) Will I Have My Day in Court? A multilateral agreement under the WTO could be subject to the provisions of the dispute settlement mechanism. After all one of the advantages of a rules based system is recourse to settlement of dispute between Members. Dispute settlement however should be barred from undertaking a specific review of the actions by courts or competition authorities. What should it review then? Will it review the instructions and regulations interpreting or applying the multilateral agreement? Will it review alleged breaches of obligations by members? In any event access to the dispute settlement mechanism is quite out of reach to most developing countries. Legal fees associated with panels are frequently prohibitive. To most developing countries then the benefit of a dispute settlement body to uphold their rights will be out of reach, and if no dispute settlement is present then why have this competition multilateral agreement within an organisation whose principle asset has always been precisely the dispute settlement body.

Why To WTO.

- a) The Gates To The House are Open. The privatisation process undergone by many countries has to be adequately monitored so that State enterprises and monopolies are not merely replaced by private ones. Guaranteeing a competitive market after a privatisation process is the only way to assure that the benefits of competition are passed on to consumers and / or industrial users.

The liberalisation of imports ensuing from WTO membership can, and eventually will, relax or eliminate the hold of local cartels over the local markets. However desirable this situation may be, provisions must be taken so local cartels are not replaced by foreign ones, and thus deprive the benefits of competition to be accrued by consumers and / or industrial users.

Membership to the WTO has created market access openings in local markets making them prone to be the target of incoming restrictive competitive business practices. A multilateral agreement would be a response to a situation which is currently ongoing, and which many countries (mostly developing) are unable to address either by lack of competition infrastructure or sufficient leverage to tackle the ways and means of multinational corporations.

- b) A House With No Dog. Absence of competition law and or infrastructure attracts anti-competitive business practices. Absence of an enforceable standard in a jurisdiction is unlikely to concern foreign competition authorities let alone provoke enforcement involving the conduct of one of their companies in any such jurisdiction. Establishment of a multilateral agreement would then grant an enforceable international standard of conduct which should concern all competition authorities irrespective of the existence or not of an enforceable standard in any given jurisdiction. A multilateral standard would encourage compliance with minimum international standards and would entice some sort of co-operation in spite of the existence or not of competition law / infrastructure. Likewise a multilateral agreement would naturally encourage co-operation when there is in fact a competition law / infrastructure in place. In those developing countries where competition law / infrastructure does exist co-operation could involve assistance in addressing restrictive practices affecting market access of economic operators from developing countries into developed countries.

Section IV. Reflexions on the options and implications of a possible multilateral framework on Competition

- c) Wanna Buy a Dog Cheap? A multinational agreement will create free watchdogs. Multinational corporations abiding by the multilateral standards would be encouraged to monitor the behaviour of their peers in the international markets. Operating outside the agreed standards would be considered unfair competition Vis a Vis the abiding companies. Today, no company would dare point the finger at another if there are no standards to be upheld at a particular jurisdiction. Nobody really wants to be a tattle tale, unless it is the law.
- d) The Boat Is Leaving. Many countries have already concluded¹⁶ and are currently involved in further concluding bilateral and regional agreements regarding competition. The agreement framework centres around two axis of competition, mainly the US and the EU. Many countries are yet to conclude agreements with either one of the axis of competition or with both. The EU in particular seems to be committed to a parallel approach entertaining a bilateral and a multilateral agenda simultaneously. The US on the other hand has in the past expressed scepticism on a multilateral competition agreement at the WTO. Concurrently, progress and agreements continue to be made at a bilateral level while debate continues and agreement seems elusive at the multilateral WTO level. Postponing the start of negotiations beyond the Fifth Ministerial Conference at Cancun, could eventually lead to:
- i. A myriad of bilateral agreements concluded on different conditions and limited to traditional trading partners of the axis of competition (US-EU). Bilateral Competition agreements will then create different levels of playing fields between countries having concluded an agreement and those not having done so. There would be no multilateral framework to uphold at least a minimum standard.
 - ii. Smaller countries finding it harder to negotiate at a bilateral level. There are obvious advantages in negotiating in numbers rather than alone. Furthermore, smaller countries might find it hard even to negotiate at all. The relative small sizes of developing markets do not make them attractive candidates for negotiations with developed countries. Smaller countries by themselves are not known to be a priority in the negotiating agendas of developed countries.
 - iii. If and when a multilateral agreement is finally concluded in the future, it will resemble the commitments made at the bilateral level and negotiated on a one on one basis. As pointed out above, the “critical mass” of standards reached at bilateral level is growing every day. The faster of the blocks an into the negotiations of a multilateral agreement, the smaller the “critical mass” of standards reached at the bilateral level will be. The longer we take the bigger the “mass. Hence, if we do not partake of the multilateral negotiations fast enough the negotiations will be factually concluded without the benefit of our joint endeavours.
- e) Protection From Our Noble Selves. The existence of a multilateral competition framework will assist local competition authorities to resist the pressure arising from domestic sources. A clear lesson from experiences drawn from the multilateral WTO framework has been that domestic groups with a powerful lobby can be deterred or held at bay if they can be convinced that repercussions at an international level will ensue.

¹⁶ Some examples are US-Germany (1976), US-Australia (1982), US-EU (1991), EU-Canada (1992), US-Canada (1995), US-Brazil (1999), US-Japan (1999) US-Israel (1999).

Many A River to Cross: Is There A Way Forward? If we are to launch a multilateral round of negotiations at the Fifth Ministerial in Cancun certain issues will have to be addressed, mainly:

(a) Overcoming Distrust:

- i. Progress Of The Negotiations: Sufficient progress must be achieved in areas of negotiation that are keen to developing countries, mainly Agriculture. Achieving a degree of progress in this area will counter perceptions that that the round of negotiation is only fulfilling the agenda of developed countries. Achieving progress would indeed return the “development” nature to the Doha Agenda. In spite of what is commonly reported in the media, there is still time and plenty of space to accommodate common grounds for an understanding in Agriculture. Progress in Agriculture as it may be defined at Cancun, would avoid the making of negative linkages between Agriculture and the Singapore issues.
- ii. Chairmanship of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition The chair of the future negotiations should be offered to a developing country. A positive perception that developing countries are interested in the negotiations and are capable of exercising leadership in this area, is not only prime to secure much needed trust but would also render much needed recognition to the existing capacity of certain developed countries on the subject.

(b) WTO Plus: A multilateral negotiation on competition should not be viewed as being a “WTO Plus” commitment. Whereas, there is a certain element of truth to the assertion that competition is a market access tool, it would be hard to determine to what degree lack of competition law / infrastructure or lack of multilateral agreement, would preclude market access from occurring, when confronted with market access gains made mainly through tariff reduction modalities (Agriculture, Industrial Goods) or through market access commitments (Services).

(c) One Size Does Not Fit All: A multilateral negotiation should take into account that “one sizes does not fill all”. Provision should be made of the relative small size of developing markets. In this sense, Special and differential treatment should be granted to developing countries. Special and differential treatment should not however be granted automatically and in a blanket fashion to every single country classifying as a developing country, nor to all their markets. Negotiations could grant special and differential treatment in the form of a “de minimis” threshold. Said threshold could be set on the basis of product / service market size. Special and differential treatment would not be available to developed countries.

(d) Do Unto Others As You Wish Others Do To You: A multilateral negotiation should take into account that significant market distortions such as export subsidies and domestic supports are not only still in place, but will remain with us for quite some time. By the same token exemptions and exceptions continue to adorn the competition laws of many countries. A multilateral competition framework should not grant the right to invoke its provisions and or co-operation mechanism over those product/service markets subject to distortions or over sectors covered by exceptions or exemptions from competition laws. No coherence or fairness are to be found if we allow to demand of others a standard of competition we are not willing to abide by ourselves. So the old adage “do unto others as you wish others do to you” should oversee the provisions of a possible multilateral framework, when it comes to granting the right to invoke the agreement.

- (e) Assurances And Access to Justice: A multilateral negotiation should provide the necessary assurances that significant co-operation amongst competition authorities (developed and developing) will ensue. Developed and developing countries should agree on the extension and limits of co-operation. Resources are of limited nature irrespective of the degree of development of a country. Any dispute settlement mechanism would have to consider ways to make the process more accessible to developing countries from an economic standpoint.
- (f) Setting the Bar, How High Should We Or Can We Jump?: A multilateral negotiation should take into account the level of our ambitions at this particular point in time and at a multilateral level. Negotiations should reckon the value of genuinely attracting and interesting the active participation of as many as possible. A Multilateral Agreement should be thought of as setting a minimum level of standards. This minimum level should not be thought of, or portrayed as justifying the existence of feeble competition regimes. A multilateral minimum standard only recognises differences of development, and should afford a minimum of guarantees to all. In this it does not differ from any of the WTO agreements. WTO agreements in general have exceptions or mechanisms to secure waivers. The issue of higher standards could be accommodated by either. Bilateral rights and obligations entered upon or to be entered upon by members in the future and which are in excess of the multilateral provisions, could enjoy exception from MFN treatment as is already done, for example, by article XIV E) of the GATS Agreement.

V. **It Had To Be You: Why WTO?**

The WTO is an institution with a glorious past in dealing with obligatory commitments made by Members to regulate their trade relations. The institution has shown for over 50 years, that it is able to foster progress in rather difficult negotiations, and has overseen compliance with multilateral agreements. Its broad membership currently reaches 146 countries and is comparable in coverage to that of the United Nations. There is a generally well respected dispute settlement mechanism; and some of its agreements already contain elements inherent to competition. From the outset the Havana Charter (1947) which eventually gave rise to the multilateral trading system we enjoy today, rationally included a chapter on restrictive business practices. The existence of agreement on this matter was considered to be an integral part of an open trading system, Successive failures to incorporate competition into the multilateral framework have resulted in a bilateral competition agreement network lacking effective coverage or consistency. Moreover, it has dodged most of the developing world.

A basic maxim of our legal system declares “ the public sector can only do what the laws order, the private sector thus can do everything the laws do not forbid”. I think ladies and gentlemen, the time has come for the public sector, to take required actions so as to preclude in the future that the private sector be able to tie down the very markets we are ordered by law to unleash. There is a lot of unfinished business in this area, showdown will be in Cancun and I will be there.

4.4 Relevant Aspects of a Multilateral Agreement on Competition

*Gesner Oliveira*¹⁷

Introduction

The objective of this paper is to argue that the dissemination of competition laws is positive for the world economy. However, the benefits derived depend crucially on adequate enforcement and institutional building in the various jurisdictions for which international cooperation within WTO and in other fora is crucial.

The paper addresses two issues. Section 1 underlines a few aspects of the increasing importance of competition policy in the developing world. The second section provides a few suggestions for the international cooperation agenda.

1. The Increasing Importance of Competition Policy for the Developing World

1.1 *The Dissemination of National Competition Laws*

The last decade has been characterized by the dissemination of competition laws throughout various jurisdictions, specially in developing countries, as Table 1 shows. According to the 1997 Unctad World Investment Report, more than seventy nations have now competition laws, in contrast with less than forty in the eighties. In the second quarter of 1999, 83 countries had competition laws in force and 23 were developing new laws in the area¹⁸.

Table 2 illustrates that a new wave of competition laws is taking place in the nineties, involving a larger number of countries than in the previous ones of the turn of the last century and of the immediate postwar period.

¹⁷Professor of Economics at Getúlio Vargas Foundation, São Paulo – FGV-EAESP, Partner at Tendências and ex-president of Administrative Council of Economic Defense – CADE.

The author would like to thank Thomas Fujiwara for his revision of the work.

This paper contains results from a research project supported by *Núcleo de Pesquisa e Publicações* of EAESP-FGV.

¹⁸This information has been kindly provided by a US competition enforcer based on various sources and direct contact with the countries involved.

Table 1: Number of Countries with Competition Laws

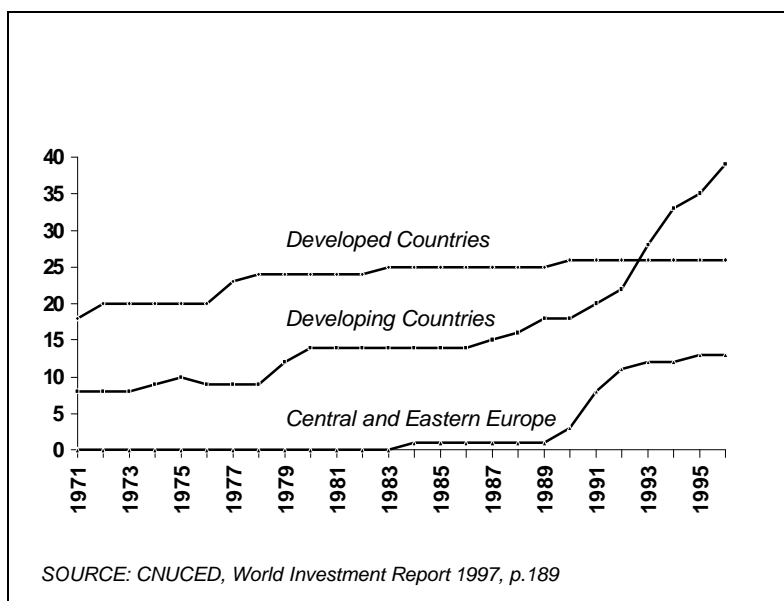


Table 2: National Competition Laws

PERIOD	COUNTRIES
1890-II World War	United States, Canada and Australia.
After II World War	Germany, European Union, United Kingdom, Japan, Sweden, France, Brazil (1962), Argentina, Spain, Chile, Colombia, Thailand, India, South Africa and Pakistan.
1980...	Kenya, Sri Lanka and Korea.
1990...	Russian Federation, Peru, Venezuela, Mexico, Jamaica, Czech Republic, Slovakia, Côte d'Ivoire, Bulgaria, Kazakhstan, Poland and initiatives in many other countries.

SOURCE: Information from Khemani and Dutz (1994), Boner and Krueger (1992), Boner (1995) and Rowat (1995).

1.2 Different Stages of Institutional Development of the National Competition Policies

The implementation of competition policy requires time, cultural change and investment in adequate institutions. Therefore it is not surprising that competition laws and enforcement vary widely across countries.

Section IV. Reflexions on the options and implications of a possible multilateral framework on Competition

Despite this historical nature of competition policy, it is useful, for analytical purposes, to identify a sequence of evolutionary stages which could serve as a reference for comparisons among different countries.

The above considerations show the importance of defining priorities and setting a plan for institutional building. Table 3 contains a useful timetable to serve as a reference for governments.

Table 3: Timetable for Implementation of Competition Policy

STAGES	I	II → III	Institutional Maturity IV	
NATIONAL	1. Competition Advocacy + 2. Repression of Horizontal Agreements + 3. Technical Assistance	I + 4. Merger Control + 5. Vertical Agreements	II + 6. Regulation + 7. International Cooperation Agreements	III + 8. Second-Generation International Agreements + 9. Pro-Active Competition Advocacy
MERCOSUR	Harmonization Agenda	Competition perspective into antidumping analysis		
WTO	General Guidelines			

The sequencing proposed is based on a simple idea inspired by Khemani and Dutz (1995). Given its limited resources, the agency should start with the actions which most likely benefit the market. Gradually it would introduce measures which require more sophisticated cost/benefit analysis. Merger review comes after conduct control due to the fact that the welfare effect of a merger might be less clear than that of a price cartel, the latter being unequivocally welfare reducing.

The stages suggested are organized according to the degree of difficulty authorities face in undertaking cost/benefit analysis of the impact of competition measures on social welfare. However, it might well be the case that legally sound repression of price cartels turns out to be more difficult than the implementation of a merger review system. In fact, it is generally easy to assess the microeconomic impact of a cartel but it is hard to fulfill the requirements for an acceptable standard of proof for the courts. Therefore, the actual plan should take into account not only the difficulty in assessing the welfare impact of a particular

antitrust illicit, but also the expected return on each dollar spent on the particular line of action, given the relative probabilities of success of alternative public policies.

2. The International Cooperation Agenda

Although only preliminary, the above evidence suggests the need to focus on the quality of competition law enforcement rather than on the mere enactment of the legislation. This implies that effective international cooperation in the area of competition policy has to go beyond standard forms coping with the challenge of institutional building.

2.1 The Major Lines of Action for International Cooperation

There are three major areas for which international cooperation is needed and they are all of great interest for developed and developing countries:

- combat hard-core cartels;
- reduce the transaction costs of merger control;
- promote institutional building and disseminate competition culture.

2.2 The Need for Coordination among Competition Agencies

As pointed out in BRAZIL (1998), two factors explain the importance of international cooperation for the first two areas:

i) different from the jurisprudence of the sixties and seventies, there are more and more cases which not only present the same characteristics in several markets; they constitute in reality cross-border mergers or generalized conducts. Therefore, the potential for inconsistent decisions among different national agencies is high.

ii) the frequency of cross-border transactions poses the problem of transaction costs firms incur when they have to comply with so many applications and bureaucratic timetables. Efforts to harmonize particular requirements (e.g., for merger review) could be useful even without a more profound convergence in the legislation.

Brazil provides a good illustration. 17% of the merger cases analysed in 1998 represent transactions which were generated by global strategies on the part of foreign groups. In many instances the operations were reviewed by several other national agencies besides CADE.

2.3 Institutional Underinvestment and Lack of Competition Culture

Although it is hard to overstate the importance of the first two areas indicated above, it is the third area that merits particular attention when one is concerned about international cooperation.

Indeed, there is a central problem of political market failure. In each national jurisdiction there will be a tendency for institutional underinvestment. There are not necessarily enough national constituencies who will support independent competition law enforcement. Although the problem is not peculiar to developing countries, it becomes more acute in jurisdiction which are at very early stages of institutional development and where competition culture is not widespread.

Developing countries start implementing competition laws under very unfavorable circumstances. Kovacic (1997) contains a list of factors which make the task all more difficult for developing countries' authorities, to which one could add a few more elements in order to get the following set of obstacles:

- resources are extremely scarce

Section IV. Reflexions on the options and implications of a possible multilateral framework on Competition

- lack of professional expertise
- lack of jurisprudence
- frail academic infrastructure
- weak professional associations and consumer groups
- inadequate judicial systems
- bad reputation of the public sector: excessive bureaucracy, lack of transparency and corruption
- political and bureaucratic resistance

The competition official in the mature jurisdictions has to apply competition principles given a stable and adequate pre-existing environment. The competition official in a developing country has to help create such an environment for effective application of competition law.

Moreover, note that there are economies of scale and economies of learning for the implementation of competition laws; at earlier stages one would need more resources and not less. The problem is attenuated by the fact that learning from the pioneers in the field has been made a lot easier and less costly due to Internet and other media. The telecommunications revolution has made available technical papers and decisions which are very useful for the competition official, as well as the possibility for fast exchange of ideas and opinions.

Therefore, there should be a permanent concern to incorporate the world best practices in competition policy, for which benchmarking exercises are particularly important.

The increasing globalization of firms is also changing the private sector's view on the matter. At times, international firms have put pressure on local governments to set stable and transparent rules. National firms are also changing their views on the usefulness of a modern regulatory framework.

2.4 The Cooperation Agenda and the Stages of Institutional Development

The focus of international cooperation will depend upon the stage of institutional development of each national jurisdiction, as summarized in Table 4.

Table 4 : Stages of Institutional Development and the Cooperation Agenda

Stages	Cooperation Agenda	Content
I and II	Technical assistance	Training and drafting of legislation and procedures in line with due process
III	Simple cooperation agreements	Cooperation in selected cases with exchange of public information
IV	Advanced Cooperation Agreements	Systematic cooperation with exchange of confidential information

At Stages I and II of Table 3, technical assistance seems to be more appropriate. It will occur most likely between a developed country and a developing one. Technical assistance from countries in intermediary positions should be stimulated since the institutional environments might be similar and useful in terms of adopting new strategies for the implementation of competition law.

At Stage III, when the agency has already built in some internal experience, simple cooperation agreements including exchange of public information can be helpful. However, one should be realistic regarding two aspects: i) the limited resource endowment would not permit joint action in all cases; ii) sharing of confidential information would face serious legal constraints.

More advanced agreements, including exchange of confidential information, would require institutional maturity and greater homogeneity and integration among the participants.

2.5 The Cooperation Agenda at the Regional and Multilateral Levels

The Regional Level

The agenda of the regional blocks have usually dealt with two issues. First, the harmonization of the national competition laws, which includes the creation of a new legal framework in certain countries as in the case of some of the Eastern European nations.

Second, the member states have to negotiate the convergence of the antidumping rules into competition ones. This is not trivial theoretically or politically, but it is a question of which has to be coped with in order to stimulate trade within the block.

The Multilateral Level

Before discussing the agenda, one should add to the factors that create the need for a multilateral agreement discussed above the question of the limitations and problems that sectoral agreements (such as TRIPs and TRIMs) create while a multilateral framework for competition isn't implemented. In this condition, the usefulness of sectoral agreements is limited by:

- lack of common understanding on competition concepts;
- possible contradiction between antidumping and competition rules;
- lack of support for national competition coalitions.

Having this factor in mind, it is very unfortunate to see that a worldwide transformation of the antidumping rules into competition rules does not seem to be realistic in the near future. Any kind of international code or legislation in competition seems to be premature given the great diversity of experiences and stages of development of the members of WTO.

The definition of general principles in regard to the prerequisites that a national law has to have to provide legal certainty to private agents seems to be the relevant agenda at the multilateral level. Although not comprehensive, the WTO principles of most-favored nation, national treatment and transparency are of particular relevance for the building of solid competition institutions in the developing world¹⁹.

In addition to such definition, a number of actions could be undertaken:

¹⁹ The importance of the last two has been emphasized in BRAZIL (1998).

Section IV. Reflexions on the options and implications of a possible multilateral framework on Competition

- elaboration of standards for bilateral and plurilateral agreements;
- incentive for benchmarking exercises such as voluntary country reviews;
- greater coordination and funding for technical assistance;
- regular reports on world competition policy.

Conclusion

Technical assistance and technical cooperation are crucial for institutional building in competition policy. Of course one has to be very careful in order to select from the foreign experience the appropriate lessons for one's own legal and cultural environment. But the important point is that cooperation has to be understood in the context of the educational role of multilateral organizations more than in a result-oriented approach.

References

BRAZIL, Contribution to the WTO Working Group on the Interaction Between Trade and Competition, 1998.

KHEMANI, S. and DUTZ, M. *The Instruments of Competition Policy and their Relevance for Economic Development*, in Frischtak, C. Regulatory Policies and Reform: a Comparative Perspective, World Bank, 1995.

KHEMANI, S. *Competition Policy and Economic Development*, Policy Options, 1997.

OLIVEIRA, G. Competition Policy in Brazil and Mercosur: Aspects of the Recent Experience, *Brooklyn Journal of International Law*, Volume XXIV, Number 2, 1998.

OLIVEIRA, G. Defesa da Concorrência e Investimento Direto. Relatório de Pesquisa (mimeo). São Paulo: EAESP/NPP da Fundação Getúlio Vargas, 1999.

WTO, Report (1998) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council, December of 1998.

4.5. Pros and Cons of a Sectoral Approach without a Comprehensive Multilateral Competition Framework

Dr Philip Marsden
Director, Competition Law Forum
British Institute of International and Comparative Law, London

Initial points

1. A sectoral approach can happen without an explicit consensus in Cancun on a further 'competition' mandate but to do so alone would be dangerous.
2. The multilateral approach, regrettably, may not happen just yet, due to both the lack of commitment to CAP reform and the veto granted to every member in Doha to block the requisite explicit consensus on modalities.
3. So what do we do? We need to benefit from the practical contributions of both approaches. We must combine the expertise of both trade and competition officials, involving particularly the experts at the WTO WGTCP and the various GATS sectoral negotiators responsible for the 'built-in agenda'.

Most importantly, we must focus our minds on exclusionary business practices, particularly those caused by abuses of dominant positions.

I. Problems with the sectoral approach

Over the past few years, several commentators and trade experts have trumpeted the great success of the Telecoms *Reference Paper*, and its putative relevance to the development of further disciplines to address anti-competitive and exclusionary business practices. There is no doubting the *Reference Paper's* contribution to preventing anti-competitive practices in this sector (a 'competition law approach) and to ensuring that competition itself is promoted, through the provision of non-discriminatory access to key points on the networks and essential facilities of major suppliers (a regulatory / liberalisation approach). Since it was negotiated, the *Reference Paper* has been repeatedly pointed to as a template for similar disciplines and commitments in other sectors, notably: energy, air transport, postal and courier, broadcasting and distribution services. The relevance of the *Reference Paper's* 'pro-competitive regulatory principles' to these sectors is based on their putative similarity with telecoms, ie a sector moving from government monopoly to a competitive market.

This is a sound basis for application of such principles, but there is still an important problem with this 'template' approach. The *Reference Paper* itself was (necessarily) negotiated in only as detailed a fashion as was susceptible to multilateral agreement. As such, it contains much intentional ambiguity, which presumably is to be clarified and interpreted through dispute settlement proceedings. There is nothing wrong with this per se – most competition laws have substantive standards which offer a very great deal of ambiguity and opportunity for interpretation (ie 'substantial lessening of competition' 'abuse of dominance' 'monopolisation' etc). When you allow vague principles that apply to the private sector to be interpreted by a 'trade' panel though – even one that can call on competition policy expertise – there is a concern that panels will err on the side of opening a market by breaking up

efficient business arrangements, rather than allowing the arrangements to be maintained and the market thereby to remain 'closed'.

Let's examine how the standards in the *Reference Paper* were negotiated, and how this problem might arise by reference to actual use of the *Reference Paper* to open up the Mexican telecoms market²⁰

The *Reference Paper* confirmed the hopes and fears of both of the camps in the trade and competition debates. As the trade side had hoped, a binding set of commitments was forged, which could help WTO Members to discipline each other's large incumbent telecoms suppliers and thereby help foreign competitors to break into new markets. As the competition side feared, however, the process of achieving agreement on the text of the *Reference Paper* demonstrated how the dynamic of international trade negotiations necessarily involves a descent to the lowest common denominator. One of the WTO negotiators - Laura Sherman - has explained how the text came together:

The process of drafting the *Reference Paper* began with the United States distributing a paper entitled, 'Pro competitive Regulatory and Other Measures for Effective Market Access in Basic Telecommunications Services'...

Based on contributions from Canada, Australia, and the European Union, Japan developed a *composite set of regulatory principles*... To accommodate the different political and legal structures of WTO Members, negotiators agreed... that the principles needed to be *sufficiently flexible to accommodate differences in market structures and regulatory philosophies* among the various participants. No single uniform regulatory system should be imposed... Some countries may rely on antitrust law, while others may develop a complicated set of regulatory principles. The objective was to ensure certain results, a level playing field for new entrants, not to determine the means by which the results would be achieved.²¹

Of course, negotiators also had to agree on what 'level' that playing field should start at. There were obvious dangers in aiming too low. Various telecoms experts have argued that "it is "very important that the playing field should be levelled upwards, not downwards" because "rules that forbid a firm from exploiting efficiencies just because its rivals cannot do likewise" do nothing but harm, rather than improve, consumer welfare'.²² At WTO negotiations, however, it is impossible - as a purely practical matter - for so many Members to agree to follow the highest standard available. The best that can be hoped for is the text most amenable to agreement. At the WTO telecoms negotiations, in particular, the pressure was on to find a happy medium - or minimum - among considerably different approaches. The Members accepted that the result would not necessarily be the ideal, let alone best, practice. Indeed, as Sherman has explained, in the search for a 'composite' approach the aspects of the original American proposal - which dealt with the crucial issue of the types of companies that would have to help their competitors into their markets - had to be watered down considerably:

The US regulatory principles had referred to a '*dominant operator*', defined as an operator with market power. However, this was a US term of art not used elsewhere. Australia proposed that each WTO Member would *identify the relevant carriers* in its Schedule, but this idea was rejected.

²⁰ The following section draws from P Marsden, *A Competition Policy for the WTO* (London: Cameron May, 2003)

²¹ L Sherman, 'Wildly Enthusiastic About the Multilateral Agreement on Trade in Telecommunications Services' 51/1 Federal Communications Law (1998) 61, (hereinafter, 'Sherman') at 71-73 (emphasis added).

²² M Naftel and L Spiwak, *The Telecoms Trade War* (Oxford: Hart Publishing, 2000) at 63, n. 55 citing J Farrell, 'Creating Local Competition' 49 Fed Comm, Law. J. 201 (1996) at 202.

Section IV. Reflexions on the options and implications of a possible multilateral
framework on Competition

Everyone agreed that the definition could not be limited to a single supplier, that is, solely to a monopoly provider, because the disciplines would cease as soon as there was a new entrant. *Negotiators decided to focus on the control of facilities as the operative way of defining the relevant carriers.*

The Canadian delegation offered a definition of 'essential facilities' as facilities that 'are available only on a monopoly basis (*de facto* or *de jure*); cannot be economically or technically substituted; and are required by a competitor for the supply of a service'. Some thought this definition was too narrow and would not cover former monopolies now subject to some competition. [So] the reference to *de facto* or *de jure* monopoly was replaced by 'exclusively or predominantly provided by a single or limited number of suppliers'.²³

The European Union argued that it was *not control over essential facilities* that should define interconnection obligations or competitive safeguards, but rather market power. The European Union suggested assigning interconnection responsibilities to *suppliers with significant market power*. This is a term of art in EU directives where it is defined as carriers with more than 25 per cent market share.

Others believed that such a definition was overbroad and would impose obligations on carriers that could not act anti-competitively.

There was agreement that some carriers that did not control essential facilities . . . could still act anti-competitively and hinder market access by new entrants.

Therefore, negotiators agreed to include a concept of market power, applying the interconnection obligations and competitive safeguards to incumbent carriers . . . referred to as '*major suppliers*'.²⁴

As this final compromise was lower than any one Member's competition law standard, the result was clearly to impose a regulatory requirement on such suppliers. Competition law in America, Australia, Canada and even the EU only imposes obligations on firms when at least two conditions have been satisfied: they have been found to be 'dominant' – as opposed to being merely 'major' – and to have been proven to be abusing their dominant position by, for example, refusing to deal with their competitors.²⁵ In addition, with the exception of the EU, the competition laws of each of these jurisdictions would require evidence that such a refusal was lessening competition substantially.

It is more than a little unfortunate that the *Reference Paper* set a regulatory approach that is so different from current practice, particularly as this comes at a time when the American and European approaches to essential facilities have been converging towards one another and when governments generally have been favouring the use of competition law disciplines rather than regulation. Indeed, the preferred model in both Europe and the US appears to be one where governments only intervene to order the owner of an essential facility to provide its competitors with access to it if – in addition to the above conditions – it is not possible (or at least not economically feasible) for them to develop a competing facility.²⁶ Any one of these conditions is far more rigorous than what Members have committed themselves to in the *Reference Paper*. Since the *Reference Paper* influences how Members intervene in their markets, this divergence needs to be sorted out sooner rather than later.

This is particularly the case since the *Reference Paper's* provisions are already being relied upon in dispute settlement proceedings. The US has used the *Reference Paper* already to

²³ Sherman at 74-75.

²⁴ Sherman at 75 (emphasis added).

²⁵ US *Sherman Act*, 15 U.S.C., Section 2; Australian *Trade Practices Act* 1974 (consolidated), Section 46; Canadian *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, as amended.; Sections 78 and 79; EC *Treaty of Rome*, Article 82.

²⁶ *MCI Communications Corp v AT&T*, 464 U.S. 891(1983); *Oscar Bronner*.

effect considerable changes to the business environment in Mexico. The case in question arose after an American telecoms provider, Sprint, had partnered with Mexico's largest supplier of telecommunications services, Telmex, to provide mobile telecommunication services in the US and Mexico. AT&T and MCI had to settle for deals with lesser Mexican players and could not benefit from Telmex's considerably larger network. They called upon the US Trade Representative to help them get the kind of access that Sprint had. The resulting American WTO complaint requested that Telmex be required to provide these US firms with non-discriminatory access as provided for under the *Reference Paper*.²⁷ After only a few months of the pressure of strained trade relations with the US, the Mexican telecoms regulator COFETEL issued a set of 'Asymmetric Regulations for Telmex'. These ordered Telmex to provide its long distance competitors with access to its network at cost.²⁸ The US then withdrew its WTO complaint.²⁹

It is interesting to note that at no point did AT&T, MCI or the USTR make a public request for the Mexican competition authority to investigate Telmex's activities. They had no incentive to, though. Their allegations would have had to survive a rigorous market analysis and satisfy a competition law standard - that competition in the relevant market had been proven to have been 'diminished, impaired or prevented'³⁰ - before the Mexican competition authority would have intervened. The complainants and the USTR obviously thought that they stood a much better chance of success if Geneva-based trade panellists reviewed their complaint under the pro-competitive rules of the *Reference Paper*. They would not have to find evidence of 'harm to competition' but simply a failure by Mexico to honour its commitment to *promote* competition by increasing foreign entry. From the point of view of international trade policy, the use of this standard, combined with the threat that Mexican products would be barred from the vast American market, Mexico's capitulation and imposition of 'asymmetric regulations' on its 'major supplier' was not at all surprising.

As the initial Mexican case was settled through bilateral 'negotiation', WTO dispute settlement panels have not yet had an opportunity to explain what the *Reference Paper's* pro-competitive regulatory principles actually mean. Given the vagueness of its terms, however, problems of interpretation are likely to arise in any dispute settlement proceeding. To minimise the possibility of regulation being introduced when it is not appropriate, the meaning, application and even the propriety of pro-competitive regulation are matters that have to be decided as a matter of urgency.

Where are such 'common principles' to come from, though?

Being part of the *GATS*, it is natural for the *Reference Paper* to have more to do with promoting 'market access' than with protecting the competitive process. It is closer to entrant-friendly *ex ante* regulation than to competition law, which disciplines anti-competitive behaviour after it has been proven likely to harm competitors or consumers. Of course, a bias towards entry is to be expected in any trade agreement, and should not necessarily be condemned, particularly when it applies to sectors that are controlled by former public monopolies and which are crying out for entry. The question most relevant to the development of further 'competition' rules at the WTO, though, is how appropriate the

²⁷ *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services - Request for Consultations by the United States*, WT/DS204/2 (17 August 2000).

²⁸ Inside Trade 'USTR backs off Mexico WTO threat in wake of telecom company deal' (www.insidetrade.com) (1 June 2001).

²⁹ The battle continues, however. A recent WTO update of dispute settlement cases (WT/DS/OV/7, www.wto.org) reports that '[o]n 13 February 2002, the United States requested the establishment of a new panel. In particular, the United States [is claiming] that Mexico's measures... did not prevent Telmex from engaging in anti-competitive practices'. WT/DS204/3. At the time of writing, the Panel report is still pending.

³⁰ *Ley Federal de Competencia Económica*, Diario oficial de la federacion (24 December 1992) Article 8 and 10.

Reference Paper is as a template for opening other sectors. This is particularly the case for those sectors where the role and effect of government regulation is minimal or has long since ceased to operate.

The Problems with Pro-Competitive Regulation in the Private Sector

In any sector that is lacking effective competition, pro-competitive regulation may be necessary to introduce it. It is less clear that there is a place for such regulation, however, where the market is functioning - even if the practices of dominant incumbents meant that it is functioning at a less than optimal level. When a market is functioning, more competition can only be introduced if the market share of the existing players is bid away by new entrants. If the incumbents have acquired their position through anti-competitive behaviour, then competition law measures are needed to effect the required readjustment. If the incumbents' positions have been earned through competitive activity, however, and a policy decision has nevertheless still been made to introduce more competition, then government intervention is required. The only way that a government can 'share' the success of the existing players with the entrants, though, is if they first expropriate it. However, when such cases arise in the private sector, such an expropriation can distort the incentives of existing players to compete, and offer an unearned reward to the benefiting rival.

Reduced incentives to compete

The Canadian Competition Bureau has explained, '[u]nder the *Telecommunications Act*, the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) is required to *forbear from regulation* where it finds that a service or class of service is or will be subject to "sufficient competition" to protect the interests of users and where doing so will not impair unduly the establishment or creation of competitive markets'.³¹ There is a reason for this. As Valentine has explained, '[f]orcing an owner of a "facility"... to share its assets with others may reduce the owner's returns on its successful investment and thus reduce its incentives: 1.) to engage in further innovation and investment, or 2.) to remain in the jurisdiction where its assets are subject to mandated sharing'.³² This is no more than common sense. Why should an incumbent invest any time or effort in developing a product or in cultivating customer relationships, if it is likely to see them taken away and handed to whichever rival complains the loudest to the government? In an environment where the threat of regulatory intervention is high, competitors can be expected to compete less fiercely than they normally might. This means that there is less competition in the market as a whole. In addition to incumbents competing less vigorously - which means that they will not attain the levels of success that they might otherwise do - there is also likely to be a negative effect on the entrant benefiting from the regulation. Ordering the incumbent to help the entrant into the market, after all, does nothing to help the latter to compete. Indeed, 'granting access... may reduce the benefiting entity's incentives to invest, since free-riding is often less expensive and risky than investment. Mandating access for late-comers and free-riders tends to reward the less energetic and entrepreneurial firms at the expense of the pioneers'.³³ This can make the beneficiaries themselves less competitive. Anderson and Holmes have noted, '[f]or example, [that] unduly sweeping use of the essential facilities doctrine may undermine the incentive for firms to "invent around" existing bottlenecks'.³⁴ With the incumbents and entrants all being subject to reduced incentives to compete, competition in the market as a

³¹ Competition Bureau, 'Competition Policy Considerations in the GATS Negotiations' July 2001 (<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct02192e.html>), at n. 57.

³² D Valentine, 'Competition Policy, Essential Facilities and Market Access', Notes for the Third Symposium on Competition Policy and the Multilateral Trading System' (17 April, 1999) (hereinafter 'Valentine') at 7-8.

³³ Valentine at 7.

³⁴ R Anderson and P Holmes, 'Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System', 5/2 J of Int Eco Law (2001) 531 (hereinafter 'Anderson and Holmes'), at 19.

whole cannot be anything but lessened. In contrast, 'denying access may generate incentives for others to set up their own competing network or facility, or join smaller rival networks or facilities that could challenge the dominant firm.³⁵ Surely governments should be fostering the competitive spirit, not suppressing it. It would be a disturbing development if governments viewed the sharing of the network, facility or distribution channel of the true entrepreneur as being preferable to innovation and true competition.

These are problems that must be addressed directly, and which I believe the sectoral GATS negotiators and experts do not even care about. Competition policy expertise must be applied to these problems to come up with a workable solution and commitments that are helpful rather than harmful.

II. Some problems with the current multilateral approach

What is the problem with restrictive business practices that a multilateral competition agreement at the WTO is supposed to solve? The problem is that, following trade liberalisation, there is a fear that governments will tolerate exclusionary business practices to replace public tariff and non-tariff barriers. The solution, one would think, then is to ensure that governments make commitments to have and to enforce a comp law that will address such exclusionary business practices.

However, when you look at the proposals on the table, nothing could be farther from the case. First I'll examine the problem of exclusionary business practices in a bit more detail, by reference to the 2 main trade and competition cases in the area. Next, I'll examine the main proposals that have been put forth by the EU to solve this problem. Then, I'll show how those solutions are *absolutely irrelevant* to the problem at hand. Finally I'll conclude with a few suggestions about what *might* work.

What are the exclusionary business practices that are such a problem for competition and trade? We need look no further than the two main cases in the area: Trade side - *Kodak-Fuji Film*; Competition side: *Boeing/MDD* – both involved the same problem though.

Kodak-Fuji

- exclusive purchasing commitments between Fuji and Japanese film distributors
- tolerated or approved by the JFTC because they did not harm competition, but complained about by Kodak because they excluded it from the market (and arguably also excluded Konica and Agfa as well)

Boeing/MDD

- a merger case, but at its crux, was about Boeing's exclusive purchasing commitments with various American airlines
- tolerated by the FTC, but complained about by Airbus because they excluded it from the US market

The issue here is what to do about the exquisite problem when arrangements that are viewed as exclusionary by complainant competitors and trade authorities, but are viewed as efficient by the parties and domestic competition authorities. Which should prevail?: the foreign competitor's demand for market access, or the domestic competitor's demand to let efficient arrangements be, unless they are proved to lessen competition substantially? Which should prevail: foreign competitors or competition?

³⁵ Valentine at 7.

Now, what is the grand solution that has been proposed to this conundrum? The EU proposals are for governments to enact competition laws that are not discriminatory on their face, that prohibit hard-core cartels and which provide for voluntary enforcement co-operation with other agencies. Do these address the problem? Of course they don't.

Take discrimination, first of all. A ban on discrimination would only prohibit discriminatory conduct. To the extent that they exclude anyone at all, the business arrangements in question exclude all-comers: the Kodak's the Agfas and the Konicas. A ban on discrimination is not going to do anything. Furthermore, not that many business practices actually exclude only foreign competitors, if they did, they wouldn't stop effective competition from domestic rivals. Finally, the EU's proposal is actually only for non-discriminatory competition laws – i.e. the text of the statutes – discrimination in fact is supposedly still allowed. This is far less a commitment than that which already exists in GATT Article III:4 and GATS Article XVII, which both provide that all of a government's laws or measures be non-discriminatory both on their face and in fact. The EU's non-discrimination commitment thus adds nothing and actually takes much away from the WTO legal order.

Now look at the proposed commitment to ban hard-core cartels. First, no competition law would be worth its name without one of these, so it is not obvious that the WTO is needed to get one. More importantly though, a cartel ban would do nothing to address the exclusionary business practices, which are, after all, vertical arrangements between suppliers and distributors or downstream purchasers. No one at Kodak, after all, was alleging some vast conspiracy among thousands of Japanese film distributors to keep Kodak off their shelves.

Look at the proposals for voluntary enforcement co-operation. Again, it is difficult to see what this would add to the status quo. We have such non-binding commitments at the OECD, UNCTAD and even in the GATT (1960 recommendation) already. Even if it contained a positive comity clause, which allowed one country to trigger an investigation in another, nothing would come of it, especially regarding an investigation of exclusive purchasing commitments, if the domestic law did not prohibit them, or did not prohibit them absent a finding of substantial lessening of competition. Look, if Airbus or the European Commission had tried to make a positive comity request to the US FTC after the Boeing/MDD merger, does anyone seriously think that the FTC would have banned purchasing agreements that is had already allowed?

Now, would these three proposals even do what they state they can do? For example, would a *de jure* non-discrimination commitment prevent discrimination? Well no, not in fact – as it is limited only to discrimination in the text of the law.

Would a 'cartel ban' ban cartels? No, the lesson of the OECD Hard-Core Cartel Recommendation – a deal agreed amongst countries with developed competition law regimes, and at a non-binding level of commitment, took years to agree and even then was riddled with carve-outs. Such would be almost impossible to agree on at the WTO without scores of exceptions, exemptions and defences.

Would a commitment to voluntarily co-operate in enforcement induce co-operation? No, or not anymore than existing non-binding commitments do so. Co-operation tends to evolve naturally, through trust, not through some multilaterally agreed framework.

III. *So what might help?*

I think governments should grasp the nettle. I think they should stop pussyfooting around with banal and hortatory wording that adds nothing. If they are going to earn their keep, our trade negotiators and diplomats should take a long look at the practices that are causing the most friction in world trade, and are calling out for a solution, and then sit down and work out a common approach. If this needs to be done at the ICN, or another 'competition' forum first – where the experts are – then so be it; but trade knowledge will be needed too. After all, a common rule on vertical restraints is Panglossian at best.

What is needed though is an effective study of what constitutes a market access barrier. What does it mean to say that a competitor is being 'significantly foreclosed' from a market? And when should we care about that? I think we should only care about that when competition itself is substantially lessened, but there will be other views on this.

The sooner we start airing these views, and trying to aim for a solution that benefits from both trade and competition policy, the sooner our policy-makers can move on from debate to action.

I really do hope that a mandate at Cancun allows the formation, at least, of a WTO Competition Policy Committee. I would hope that this Committee would engage as many of the experts from the WGTCP as possible as well as the GATS sectoral experts (some of whom from smaller economies may also wear the WGTCP hat anyway!). Get these people together and begin talking: not about cartel bans, not about non-discrimination commitments and not about voluntary enforcement co-operation though. They should address two other topics right away:

First Topic: they need to begin developing greater trade and competition policy guidance on the meaning and application of the pro-competitive regulatory principles in the *Reference Paper*. One thing that I hope they would be able to agree on at an early stage, though, is that Members will only intervene in a market to address business practices when they have found clear evidence of an anti-competitive effect, and not just a possible exclusion of a foreign entrant.

Second topic: the various experts need to focus on exclusionary business practices that significantly foreclose access to a Member's market, and which substantially lessen competition in a relevant product and geographic market. In my view, they should examine, first, exclusionary practices of dominant companies that amount to an abuse of such dominance.

These efforts need to begin as soon as possible, and I would be happy and honoured to participate in them! The guiding principle I would offer to both such workplans, though, is this:

One breaks down trade barriers to increase the efficient operation of markets.
One does not break apart efficient business arrangements just to increase trade flows.

Aspectos positivos y negativos de un enfoque sectorial de competencia sin un marco multilateral

María Inés Rodríguez(*)

Introducción

Las reglas del sistema comercial multilateral favorecen la competencia en los mercados. En efecto, dichas reglas están diseñadas para reducir o eliminar las medidas tomadas por los gobiernos en la frontera con respecto al ingreso de importaciones de bienes o servicios que tienen por efecto excluir esas importaciones o encarecerlas. A ello hay que agregar que las disposiciones sobre trato nacional contenidas en el GATT de 1994 y en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) tienen por objeto eliminar las regulaciones que discriminan los bienes y servicios importados a favor de los nacionales. En términos generales puede decirse que los principios fundamentales de la OMC, a saber, la cláusula de la nación más favorecida (NMF), el trato nacional y la consolidación de compromisos van en la dirección de aumentar la competencia en los mercados.

Por otra parte, la cuestión de la competencia está presente en casi todos los acuerdos sectoriales resultantes de la Ronda Uruguay y posteriores a ella. El Acuerdo sobre Salvaguardias prohíbe a los Miembros adoptar o mantener limitaciones voluntarias de las exportaciones, acuerdos de comercialización ordenada u otras medidas similares respecto de las exportaciones o las importaciones, así como alentar o apoyar medidas equivalentes por empresas públicas o privadas. El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias requieren que los Miembros adopten las medidas menos restrictivas del comercio cuando persiguen objetivos regulatorios. También prohíben a los Miembros tomar medidas que obliguen o alienten a las instituciones no gubernamentales a actuar de manera incompatible con sus disposiciones. Estas normas tienen por objeto evitar que se restrinja el acceso al mercado de las importaciones, promoviendo así la competencia en los mercados domésticos.

En síntesis, la vinculación entre la liberalización comercial y la política de competencia ya ha sido reconocida en el contexto de la OMC y diversas disposiciones de los Acuerdos de la OMC afectan las medidas o instrumentos usados por los gobiernos que determinan las condiciones de competencia imperantes en sus mercados.

Distinta es la situación cuando se considera la ley de competencia, concepto más limitado que abarca las reglas y disciplinas establecidas por un gobierno relativas a acuerdos entre empresas privadas que restringen la competencia o al abuso de posición dominante. La ley de competencia es necesaria para asegurar que los mercados sean competitivos, especialmente en sectores no transables, y para controlar las prácticas anticompetitivas. Si bien ciertas barreras privadas al acceso a mercados detrás de la frontera erosionan los beneficios que los gobiernos esperan lograr de la liberalización comercial, muchos países no tienen leyes de competencia o agencias de competencia para luchar contra esas prácticas. Por otra parte, aun cuando exista una ley de competencia o una agencia de competencia, muchas veces esa agencia tiene poderes insuficientes para abrir los mercados domésticos a la competencia.

Existen en el marco de la OMC ciertas obligaciones para los Miembros en relación con la regulación de las prácticas privadas. En particular, revisten interés las disposiciones

* Miembro del Servicio Exterior de la República Argentina. Las opiniones expuestas en este documento no representan las de la institución a la que pertenece.

contenidas en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios –AGCS– y los resultados de las negociaciones sobre los servicios de telecomunicaciones básicas y el Acuerdo ADPIC.

Disposiciones existentes en la OMC relativas a prácticas privadas restrictivas de la competencia

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

La preocupación por las repercusiones que los monopolios pueden tener en el acceso de las importaciones a los mercados se ha puesto de manifiesto en el artículo VIII del AGCS que se ocupa de los proveedores monopolistas de servicios (párrafos 1 a 4) y de los proveedores exclusivos de servicios sustancialmente aislados de la competencia (párrafo 5). La obligación fundamental es velar por que el proveedor no abuse de su posición monopolista para actuar en su territorio de manera incompatible con las obligaciones básicas de la cláusula de la nación más favorecida y los compromisos específicos asumidos por el Miembro de que se trate en relación con ese servicio.

Así, cada Miembro debe garantizar que cualquier proveedor monopolista de un servicio cuando proporcione el servicio monopolizado en un mercado relevante en su territorio no actúe de manera inconsistente con sus obligaciones relacionadas con el trato de la nación más favorecida bajo el artículo II y los compromisos específicos. El AGCS también especifica que cuando un proveedor monopolista compite, sea directamente o a través de una empresa afiliada, en el suministro de un servicio que no esté incluido en el ámbito de sus derechos de monopolio, el Miembro deberá asegurarse de que el proveedor en cuestión no abuse de su posición de monopolista para actuar en su territorio de una forma inconsistente con sus compromisos. Estas disposiciones también se aplican al caso de proveedores de servicios exclusivos en los que un país miembro formalmente o de facto autoriza o establece un número reducido de oferentes de servicios y controla sustancialmente la competencia entre los proveedores en su territorio.

El artículo IX del AGCS, reconociendo que ciertas prácticas comerciales de los proveedores de servicios pueden limitar la competencia y, por ende, restringir el comercio de servicios, dispone que cada Miembro, a petición de cualquier otro Miembro, entablará consultas con miras a eliminar tales prácticas. También impone la obligación de cooperar facilitando la información no confidencial que esté al alcance del público y que guarde relación con el asunto de que se trate, así como otras informaciones de que disponga, con sujeción a su legislación nacional y a reserva de la conclusión de un acuerdo satisfactorio sobre la salvaguardia del carácter confidencial de esas informaciones.

El Anexo del AGCS sobre Telecomunicaciones ha considerado la cuestión de la utilización de instalaciones controladas por empresas que gozan de un monopolio o una posición dominante en el mercado. Ello refleja la especial importancia que esta consideración tiene en el sector de las telecomunicaciones, en el que las redes nacionales suelen estar controladas por un proveedor importante y constituyen unas instalaciones esenciales para los competidores a fin de poder prestar servicios más complejos. Sin embargo, la cuestión puede revestir interés en una serie de ramas de la producción y actividades de servicios, sobre todo las redes de servicios públicos (por ejemplo, gas, electricidad, agua y transporte).

El referido Anexo establece, por ejemplo, que cada Miembro se asegurará que esté a disposición del público la información pertinente sobre las condiciones que afecten al

acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y a la utilización de los mismos, y que ese acceso y esa utilización comporten términos y condiciones razonables y no discriminatorias.

Las cuestiones vinculadas a la interconexión se abordan con más profundidad en el llamado “documento de referencia” que forma parte de los compromisos asumidos por muchos Miembros de la OMC como consecuencia de las negociaciones básicas concluidas en febrero de 1997. El documento de referencia también incluye disposiciones relativas al posible uso indebido de información. Es importante señalar que estas disposiciones son obligatorias sólo para aquellos Miembros que han asumido compromisos en el sector de telecomunicaciones.

En el Anexo sobre servicios financieros se adaptan las disposiciones básicas del AGCS a las características específicas del sector financiero. El Anexo excluye las medidas cautelares adoptadas por los Miembros de la aplicación de las disposiciones básicas del Acuerdo. Entre las disposiciones contenidas en el Anexo, algunas se refieren a cuestiones vinculadas a la competencia. Así, a título de ejemplo, se puede mencionar que el Anexo dispone que los Miembros indiquen en sus listas de compromisos los derechos de monopolio existentes y que se comprometan a eliminar o reducir el alcance de tales derechos.

El Acuerdo ADPIC

A diferencia del AGCS que sólo contiene normas para prevenir ciertas prácticas empresariales, el Acuerdo ADPIC autoriza expresamente a adoptar medidas para hacer frente a un comportamiento de empresas que se considere que tiene efectos desfavorables sobre el comercio internacional. Ello se vincularía con el interés de algunos países, sobre todo países en desarrollo, manifestado en la negociación del Acuerdo de la OMC sobre los ADPIC, de que los compromisos para proteger la propiedad intelectual se compensaran con el reconocimiento del derecho de los Miembros a impedir prácticas anticompetitivas que comportaran el ejercicio de derechos de propiedad intelectual. Ese interés se tuvo en cuenta en el párrafo 2 del artículo 8 y en el artículo 40.

El párrafo 2 del artículo 8 reconoce que “podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificada el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología”.

El artículo 40 se refiere al control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales. En él se afirma el derecho de los Miembros a especificar en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir en determinados casos un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente y a adoptar, de forma compatible con las restantes disposiciones del Acuerdo, medidas apropiadas para impedir o controlar dichas prácticas. No hay ningún acuerdo explícito sobre las prácticas que habrá que considerar que corresponden a esta categoría, ni, de hecho, sobre las que no debe considerarse que corresponden. Sin embargo, el Acuerdo contiene una breve enumeración ilustrativa de prácticas que pueden tratarse como abusos, a saber: las condiciones exclusivas de retrocesión, las condiciones que impidan la impugnación de la validez y las licencias conjuntas obligatorias.

Las medidas para poner remedio a prácticas anticompetitivas que comporten el ejercicio de derechos de propiedad intelectual tienen que ser compatibles con las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. Un tipo de medida explícitamente previsto es la concesión obligatoria de licencias en materia de patentes. El artículo 31 establece condiciones detalladas encaminadas a proteger los intereses legítimos del titular de los derechos con respecto a la concesión de licencias obligatorias, pero varias de esas condiciones se atenúan cuando las licencias se conceden para “poner remedio a prácticas que, a resultas de un proceso judicial o administrativo, se haya determinado que son anticompetitivas” (por ejemplo, las condiciones relativas a tratar de obtener en primer lugar una licencia de carácter voluntario, a la cuantía de la remuneración que deba pagarse al titular de los derechos y a la limitación del abastecimiento del mercado interno con el producto de que se trate).

De manera similar al AGCS, el Acuerdo sobre los ADPIC contiene una disposición en el artículo 40 en virtud de la cual un Miembro que esté considerando la posibilidad de entablar una acción contra una empresa de otro Miembro puede solicitar la celebración de consultas con este Miembro, el cual deberá cooperar facilitando la información públicamente disponible y no confidencial pertinente, así como otras informaciones de que disponga, con arreglo a la ley nacional y a reserva de que se concluyan acuerdos mutuamente satisfactorios sobre la protección de su carácter confidencial. Asimismo, un país cuyas empresas sean objeto de esa acción en otro país Miembro podrá también solicitar la celebración de consultas.

Ventajas y limitaciones del enfoque sectorial

Los Acuerdos de la OMC representan una apertura para discutir cuestiones vinculadas a la política de competencia. Asimismo, contienen disciplinas sobre ciertas prácticas privadas que pueden crear distorsiones sin imponer costos de aplicación significativos. Esas disciplinas pueden ser ampliadas en futuras negociaciones, en particular, en el caso de las negociaciones en materia de servicios.

Por otra parte, el enfoque sectorial deja bastante margen de maniobra a los Miembros, que pueden adoptar las leyes de competencia más adecuadas a sus necesidades con la única condición de respetar el trato nacional para los productos o servicios. Esto es importante, en particular, para los países en desarrollo que no ven restringida su capacidad para aplicar ciertas políticas que ellos juzguen convenientes a sus intereses de desarrollo, como por ejemplo permitir un monopolio de manera que su empresa doméstica logre economías de escala y pueda competir globalmente.

El enfoque sectorial presenta limitaciones, siendo una de ellas que la dispersión de las normas que abordan el tema de la competencia no permite definir conceptos complejos generalmente recogidos en las legislaciones de competencia de la mayoría de los países que cuentan con este tipo de legislación. Consecuentemente, las referencias a la competencia contenidas en los acuerdos existentes al no estar ligadas por ningún consenso o entendimiento común son objeto de variadas interpretaciones en los diversos acuerdos de la OMC. Por otra parte, para muchos países en desarrollo, donde no existe cultura de la competencia o donde ésta es una novedad, las nociones como posición dominante en el mercado o intentos de monopolización son poco familiares y, por consiguiente, difíciles de interpretar cuando se trata de defender los propios intereses de conformidad con las reglas de la OMC vigentes.

El enfoque exclusivamente sectorial sobre prácticas anticompetitivas puede llevar a cierta incoherencia entre ciertas medidas comerciales autorizadas en la OMC y los objetivos de la política de competencia. En este sentido, el Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (Acuerdo Antidumping) plantea problemas particulares. En virtud del Acuerdo Antidumping los Miembros pueden, bajo ciertas condiciones, imponer derechos antidumping o acordar compromisos relativos a los precios para responder a ciertas prácticas de fijación de precios de las empresas. Las medidas antidumping constituyen una categoría de medidas comerciales con repercusiones inmediatas sobre la competencia.

En el caso del dumping predatorio los procedimientos antidumping pueden considerarse como una prolongación internacional de las leyes nacionales sobre la competencia, que tienen por finalidad impedir los abusos de las posiciones dominantes. En principio, por consiguiente, las reglamentaciones antidumping pueden tener un efecto favorable a la competencia. Sin embargo, dadas las características del Acuerdo Antidumping que no exige la verificación de las razones por las que se produce el dumping se ha sostenido que los procedimientos antidumping se utilizan frecuentemente para reducir la competencia en el mercado. La acción antidumping contradeciría, así, los principios fundamentales de la competencia al proteger a los competidores y no a la competencia y proporcionaría a las compañías un instrumento propicio para restringir la que se ejerce desde el extranjero. Muchos asuntos antidumping se habrían considerado “prácticas leales” con arreglo a las leyes nacionales sobre competencia.

Otra limitación del enfoque sectorial existente es que sólo se ocupa de algunas prácticas privadas anticompetitivas y no aborda cuestiones como los cárteles intrínsecamente nocivos, considerados el tipo más pernicioso de práctica anticompetitiva desde el punto de vista del comercio y el desarrollo, que pueden obrar en detrimento de los beneficios que deben dimanar de la liberalización del comercio internacional.

En particular, los cárteles internacionales constituyen un claro ejemplo de prácticas competitivas transfronterizas que pueden incidir claramente en el acceso a los mercados cuando reparten los mercados nacionales entre las empresas participantes. Además, aun cuando ello no ocurra, los cárteles internacionales distorsionan el funcionamiento eficaz de los mercados internacionales, entre otras razones porque encarecen artificialmente las importaciones de los países. Asimismo, ciertos cárteles que operan en determinados sectores de servicios, como el del transporte marítimo internacional o los servicios financieros pueden resultar particularmente perjudiciales para el comercio, ya que no sólo restringen el comercio del servicio de que se trate, sino que también elevan el precio que los exportadores pagan por ese servicio, introduciendo otro nivel de distorsión.

Dado que las partes involucradas en cárteles internacionales se encuentran en diferentes países es difícil para cualquier país aun cuando cuente con legislación de competencia responder adecuadamente a esa conducta si falta un marco de cooperación con la autoridad encargada de la competencia del país de origen de la empresa causante del daño.

También en el caso de los cárteles de exportación que se originan en un país pero tienen efectos anticompetitivos en otros países la cooperación es un elemento fundamental para tomar medidas eficaces contra esas prácticas. Los cárteles de exportación no entran en el ámbito de las leyes sobre la competencia en la mayoría de los países porque se estima que caen fuera de la jurisdicción de estas leyes; también suele ocurrir que están explícitamente excluidos de la aplicación de esas leyes. A pesar de no representar problemas de acceso a los mercados, pueden quitar a algunos países que han liberalizado su comercio los beneficios de la liberalización comercial. En principio, la legislación sobre la

competencia de los países importadores será aplicable en general a los cárteles de exportación; sin embargo, suele ser difícil iniciar las acciones apropiadas ya que las pruebas necesarias para demostrar la existencia de los cárteles se encuentra normalmente fuera de la jurisdicción del país importador.

Las normas de la OMC no prevén ninguna medida específica contra los cárteles. Para algunos autores el artículo XI del GATT, que prohíbe el uso de restricciones cuantitativas y prohibiciones a la exportación, podría ser usado para atacar los cárteles de exportación, dado que dichos cárteles restringen la exportación. Sin embargo, esta disposición podría desempeñar un papel reducido con respecto a los cárteles de exportación privados ya que habría que demostrar que una medida gubernamental apoya el cártel a la exportación.

Comentarios finales

La política comercial complementa y refuerza la política de competencia. En ese sentido, cabe subrayar que la liberalización de las medidas gubernamentales que restringen el comercio así como otras formas de desreglamentación pueden ser los medios más eficaces para prevenir o rectificar las prácticas comerciales anticompetitivas, al introducir una mayor competencia en el mercado.

No obstante, incluso cuando haya una amplia liberalización comercial, se necesitará una política de competencia. Ello se debe, entre otras razones, a la existencia de barreras comerciales tales como costos de transporte, idioma, que permiten segmentar mercados y a crear nichos donde las empresas pueden ejercer su poder de mercado; también, a la existencia de razones tecnológicas por las que los mercados pueden ser imperfectamente competitivos y a la posibilidad que tienen las empresas de tomar medidas para limitar la competencia relacionadas con el diseño de los productos, distribución, publicidad, etc. La aplicación de tal política en el plano nacional afectará a los interlocutores comerciales. Muchos de esos efectos serán positivos pero también es probable que algunas decisiones afecten negativamente a los interlocutores comerciales, pudiendo crear tensiones en las relaciones internacionales.

Por otra parte, los beneficios potenciales de la liberalización comercial no se aprovecharán plenamente si prevalecen prácticas anticompetitivas de las empresas en los mercados nacionales o internacionales. Los acuerdos de la OMC, reconociendo este hecho, han incorporado diversas dimensiones de la política de competencia. Así, se ha adoptado una serie de disposiciones y mecanismos de interés con relación a esta cuestión: las disposiciones sobre consulta y cooperación incluidas en cada uno de los principales acuerdos de la OMC, las normas en determinadas esferas que los gobiernos deben cumplir para combatir o regular las prácticas empresariales restrictivas de la competencia (en particular, en la esfera de las telecomunicaciones básicas). Sin embargo, el enfoque sectorial existente en la OMC es insuficiente para resolver algunos problemas de comercio internacional vinculados a la competencia. Si bien se podría pensar en reforzar algunas disposiciones y establecer reglas de aplicación a determinados sectores o campos en los que surjan aquellos problemas, quedaría pendiente la cuestión de la coherencia de un enfoque de esas características.

Bibliografía

- Brusick, Philippe, *Las disciplinas multilaterales en materia de competencia*, en Un programa de trabajos positivos para los países en desarrollo: temas de las futuras negociaciones comerciales, UNCTAD, 2000
- Graham, Edward M., *Trade, Competition, and the WTO Agenda*, en *The WTO After Seattle*, Jeffrey J. Schott (Ed.), Institute for International Economics, Washington D.C., 2000
- OCDE, *Competition Elements in International Trade Agreements: a Post-Uruguay Round Overview of WTO Agreements*, 1999
- OMC, *Informe Anual (1997)*

4.5. POSITIVE AND NEGATIVE ASPECTS OF A SECTORAL APPROACH, WITHOUT A MULTILATERAL COMPETITION FRAMEWORK AND DEVELOPING COUNTRIES PERSPECTIVE ON A MCF

by Homero Aníbal Larrea Monard*

I. Introduction.-

In 1890 with the passage of the Sherman Act the United States of America became the first country in the world to attempt general statutory control of the power wielded by large business enterprises³⁶. During the II post-war era many developed nations, some economic integration agreements and some developing nation's also enacted laws that regulated restrictive or anti-competitive business practices. A clear example being the European Community's³⁷ as an umbrella to its members national competition laws it enacted supranational competition laws, i.e. communitarian laws, applicable on all its Member States.

The further liberalization of the international economic order through the establishment of rules based on a multilateral trading system that began with the General Agreement on Trade and Tariffs (GATT/47) has continued with the World Trade Organization (WTO) today. This has allowed for an increased market access to Member nations and costumes territories worldwide. Due to this system a worldwide augmentation of bound tariff reductions and an elimination of governmental barriers in trade have and are taking place. In order to strengthen the multilateral trading system whose objective is to create the conditions for an increase in overall global welfare –mainly through trade liberalization- it is argued by some that international competition policy and law would be one of the mechanism's that would support and guard the principles enshrined in it³⁸. Thus, the establishment of an international competition policy and law would allow for the expansion of the coverage of the multilateral trading system's objectives and rules through the prevention of potentially restrictive private business practices. So, it seems that today those practices are slowly replacing governmental barriers to trade from being pursued.

With the adoption of such policies and laws countries would be provided with the tools to reduce and prevent actual or future restrictive business practices that might hinder trade and competition on a worldwide scale. Thus, further reinforces trade liberalization, guarantees a level playing field for all economic agents and increases worldwide social welfare.

The apparent need to ratify and initiate discussions on the modalities for negotiation of Multilateral Competition Framework (MCF) –i.e. Policy and law- in this ninth round of trade negotiations is not likely to be easily agreed to by all concerned parties³⁹, i.e., by all WTO

* Assistant of the Director General for World Trade, Ministry for Foreign Affairs of Ecuador, Member of the Ecuadorian Foreign Service.

³⁶ Jackson, Davy and Sykes, Legal Problems of International Economic Relations, 1995, at p. 1062.

³⁷ More commonly known as the European Union (EU), as of now comprised of 15 Member States.

³⁸ Vid. Par. 7, p. 5, TD(X)/PC/1, Report of the Pre-UNCTAD X Seminar on the Role of Competition Policy for Development in Globalizing World Markets (Geneva, 14-15 June 1999), UNCTAD.

³⁹ During the discussions related to paragraph 23 of the "Doha Programme for Development", at the IV WTO Ministerial Conference, India, threatened to walk out if the Singapore issues were included in negotiations without a manifest consensus being previously ascertained regarding the initiation, or not, of negotiations on the subject. Furthermore, in a statement made prior to the adoption of the Doha Declaration, the Chairman of the Conference, Mr. Youssef Hussain Kamel (Qatar), expressed his understanding that the requirement in paragraph 23 for a decision to be taken, by explicit consensus, on the modalities for negotiations before negotiations on competition

members. It is argued that a just distribution of the wealth created by trade liberalization has not occurred. Most of it and its positive side effects have mainly benefited the developed countries, while developing countries social and economic realities and interests have not been adequately addressed or benefited⁴⁰. This points out the difficulties that have risen in the ongoing discussions on the establishment or not of a Multilateral Competition Framework.

This paper begins by briefly describing what is understood to be "International Competition Policy and Law". It goes on to examine the existing competition regulations inferred from the multilateral trading rules, its shortcomings in addressing the systemic problems that arise from them and the viability of a sectoral approach for its establishment. It also emphasizes the developing countries views on the establishment of a Multilateral Competition Framework. The formulation of a Multilateral Competition Framework could allegedly guarantee the existing market access concessions and promote further trade liberalization increasing an overall worldwide welfare.

These objectives could be possibly fulfilled through such a system. However, due to the scope of the differing economic realities in each country involved, and because of the parallel but not necessarily coinciding objectives each policy seeks i.e. market access and free competition. These facts may not allow the benefits of creating a Multilateral Competition Framework to accrue, especially for the developing world.

II. The debate over a Multilateral Competition Framework.-

1. International Competition Policy and Law.-

The drafters of the International Trade Organization (ITO) Charter were by far much more ambitious in the subject matter they intended to regulate than what was finally agreed to in today's WTO. They were particularly keen on the issue of Competition Policy and Law at a multilateral level. It seems that the original drafters of the ITO charter saw the need to not only address the restriction and eventual elimination of governmental barriers to trade, such as high tariffs or non tariff measures, but also believed it wise and necessary to deal with private business barriers to trade (Chapter V of the ITO Charter). Thus, closing the circle and the links in the world economic system they wanted to create.⁴¹

More than fifty years later the debates over the establishment of a Multilateral Competition Framework have begun again. In this regard the conceptual differences between competition policy and competition law must be ascertained. Competition policy comprises a much general series of objectives than does competition law. Fundamentally, it seeks to establish a definite method of action by governments based on the use and application of certain measures and instruments. Such instruments selected to guide and determine the "conditions of competition" that rule on their markets, whereas competition law is one of those instruments. It is an accessory measure. It is an element in competition policy that

policy and other "Singapore issues" could proceed, gave "each Member the right to take a position on modalities that would prevent negotiations from proceeding after the Fifth Session of the Ministerial Conference until that Member is prepared to join a explicit consensus." See WTO Summary Record of the Ninth Meeting, doc. WT/MIN(01)/SR/9.

⁴⁰ See World Economic Situation and Prospects 2003 (New York: United Nations, 2003), p. 18.

⁴¹ After the II World War, the Multilateral security system that was being created comprised a political arm, the United Nations, a financial arm, the IFM and World Bank, and, a trade arm, the ITO, which in the end never came into to existence.

Section IV. Reflexions on the options and implications of a possible multilateral framework on Competition

seeks to promote, protect and guarantee, alas with the least minimum intervention possible, market contestability in the market place.

A particular characteristic to competition policy is that while the former deals, regulates and balances out both private and public actions; competition law exclusively regulates the behavior of private enterprise.⁴² Further, it must be noted that competition policy includes structural reforms like: privatization, deregulation, trade liberalization, non-discrimination, etc. A policy that is also definitively affected by the international treaties the country in concern has entered into. In that regard the agreements reached in the Uruguay Round administered by the WTO and the trade negotiations that are now taking place deal with various aspects of competition policy. Thus, for some the question at present is whether to deal or not with competition law from a multilateral perspective. Being the WTO the multilateral trade forum it most exclusively deals with improving market access for its members, i.e. the progressive elimination of border measures. Unlike competition law which specifically seeks to protect competition itself and consumers as well.⁴³

2. The existing multilateral regulations related to competition policy and the arguments for a sectoral approach to Multilateral Competition Framework.-

A number of Uruguay Round and post-Uruguay WTO agreements bear provisions that are linked to competition policy. The Agreements involved are GATT, GATS, TRIPS, the Agreement on Safeguards, and the Telecommunications reference paper⁴⁴. GATT contains provisions like article II:4 that deals to some degree with import monopolies. Other subjects found in the same agreement that are also linked to competition are antidumping (article VI), export subsidies, subsidies, countervailing duties, government procurement and state trading enterprises (article XVII)⁴⁵; the GATS agreement, Articles VIII and IX provisions, ensure that state monopolies do not act in a manner inconsistent with their obligations and commitments and do not abuse their monopoly position. The TRIPS Agreement, articles 8 and 40, authorize Members to take measures against abuses of intellectual property rights and anticompetitive licensing practices. The Agreement on Safeguards, article 11:3 provides that Members can not encourage or support the adoption of non-governmental measures equivalent to voluntary export restraints, orderly market arrangements and/or other governmental arrangements prohibited under article 11.1 of the same Agreement. Finally, the Telecommunications Reference Paper establishes a commitment to adopt appropriate measures to prevent anti-competitive practices by major suppliers of telecomm services.⁴⁶

⁴² Hoekman Bernard and Peter Colmes, Competition Policy, Developing Countries and the WTO, World Bank, April 1999, pp. 2-3.

⁴³ Geneva, Closer Multilateral Cooperation on Competition Policy: The Development Dimension, UNCTAD, Consolidated Report on issues discussed during the Panama, Tunis, Hong Kong and Odessa Regional Post-Doha Seminars on Competition Policy held between 21 March and 26 April 2002, 15 May 2002, p.9.

⁴⁴ As stated by professor J. Mathis "6. WTO law as expressed in the GATT and GATS does not establish general obligations for Members to affirmatively create internally competitive markets, nor require them to take affirmative actions or provide remedies against private operators engaging in restrictive practices that affect the trade of other Members. Only a few exceptions are noted, for example, government sponsored monopolies and cartels; GATS Article IX providing for consultations regarding certain anti-competitive practices; and provisions within the GATS telecommunications reference paper." See James H. Mathis, (WTO) Core Principles and Prohibition: Obligations Relating to Private Practices, National Competition Laws, and Implications for a Competition Policy Framework, (Geneva: United Nations, 2003), p. 9.

⁴⁵ Most of this subject matter is now more strictly regulated through specific agreements, for example, the Agreement on Subsidies and Countervailing Duties, the Agreement on Agriculture, the Agreement on Antidumping, the Agreement on State Trading Enterprises, etc.

⁴⁶ Other trade experts also recognize this, for example, Mr. Ernst-Ulrich Petersmann says: "Competition rules (in the broad sense, relating to governmental and private restraints of competition) are mainly found in the GATT93 and its associated legal instruments, and in the GATS and the TRIPS Agreements." See Ernst-Ulrich Petersmann, International Competition Rules for the GATT-MTO World Trade and Legal System, Journal of World Trade, p. 42.

So, the question to consider as stated by the OECD Joint Group on Trade and Competition is "... whether existing WTO provisions and Agreements can or should be supplemented by new provisions, or even a horizontal agreement on the application of competition policies."

In that regard the arguments in favor of a sectoral approach on international competition policy can be summarized into the following points: a) the possibility that, Members agreeing, it could be easier to begin negotiations towards the enhancement of the already existing competition related rules in the WTO Agreements; b) it might be easier for developing countries to agree on negotiating certain additional sectors, albeit only very few of them, instead of seeking a comprehensive agreement which could be far more difficult to attain⁴⁷; c) such flexibility could also be understood as a type of Special and Differential Treatment (SDT) in developing countries benefit; d) by definition a sectoral approach constitutes the acknowledgment of exceptions which means that since not all sectors are covered some will be automatically left out, this could also be understood as another type of SDT⁴⁸; and e) theoretically speaking a sector specific approach could better deal with sector specific competition problems and the solutions to those problems due to the specialized expertise that could be brought forward.

Consequently such approach could also help address particular problems in specific sectors like for example the uncompetitive use of licensing agreements in intellectual property, etc. Following this line of thought, Members could agree on expanding the scope of the existing operative provisions in GATT and GATS by drafting annexed agreements to be included in the Doha Package. They could also reach an agreement to produce understandings concerning the application of the cited WTO covered provisions. Modalities, which could ease up, the negotiating process in order to attain a Multilateral Competition Framework based on a sectoral approach.⁴⁹

On the other hand, sectoral approach shortcomings are to be found in the fact that it will most surely leave unattended horizontal situations and fragment competition law. Thus, this piecemeal approach runs the risk of causing through its use that various existing competition related provisions found in the different trade agreements might be developed inconsistently amongst each other. Moreover, the sectoral approach will most surely take us through a treacherous road that will cause developing countries -especially those that are not familiar with competition policy and law- to be unable to take advantage of such provisions due to the discrepancies that might take place.⁵⁰

For that reason, it is advisable that **any sector specific competition provisions which are in place now or that might be negotiated and established in the future, should be**

⁴⁷ A sort of positive list approach, so each country would decide on their own rethym for the adoption of commitments on competition laws and in which sectors of the economy they would be willing to agree on applying them.

⁴⁸ A sector specific approach could constitute a sort of positive list approach, a negotiation policy that would allow countries to decide on the pace at which they would be willing to implement a multilateral competition policy framework.

⁴⁹ Coinciding with Professor J. H. Mathis, this sort of sectoral approach, "...would not focus on the elimination of anti-competitive practices as a general objective, nor limit its scope to international cartels. Rather, the attention would be placed on the need to address restrictive practices that are limiting exports or imports of goods or services. Both the import and export dimensions would be treated in equal measure by establishing a Member's obligation to address a request made by other Member states." Ob. Cit. 9, pp.12-13.

⁵⁰ UNCTAD, **CLOSER MULTILATERAL COOPERATION ON COMPETITION POLICY: THE DEVELOPMENT DIMENSION**, Consolidated Report on issues discussed during the Panama, Tunis, Hong Kong and Odessa Regional Post-Doha Seminars on Competition Policy held between 21 March and 26 April 2002, 15 May 2002, PP. 17-20.

broadly consistent with the general principles of a sound multilateral competition policy and law, i.e. of a MCF. So those those provisions complement rather than replace the general framework that might be instituted.

Additionally, as the OECD Joint Group on Trade and Competition stated

“...Sectoral approaches have the advantage of helping to address particular problems in a way that gives Members the confidence to make reciprocal market access commitments in areas that have previously not been open to trade. In doing so, these sectoral agreements might help build confidence in enhanced co-operation, and in more horizontal multilateral rule making in respect of competition policy. However, by their nature, sectoral approaches could lead to the application of fragmented competition policy on an industry basis both domestically and internationally. If such segmentation were to occur, then the sectoral agreements might not lead to the convergence of competition law and policy or further horizontal multilateral rule-making.”⁵¹

A fact that takes us to conclude that there is a need for a more systematic across-the-board coverage of competition law and policy principles in order to avoid the dangers described. Specifically because with a multilateral competition framework the promotion of consistency and fairness in the universal application of competition policy and law policy enhances the ability to take an economic-wide perspective, reduces the risk of government capture by industry, and minimizes duplication, delay, high transaction costs and legal uncertainty.

3. Developing Countries Perspectives on a Multilateral Competition Framework.-

The establishment of a Multilateral Competition Framework is a problem that is now being addressed and discussed by the international community. This framework, be it within the World Trade Organization or outside of it, seems likely to be created in the long-term future. Due to that, any multilateral mechanism on this topic will have to take into account the developing countries points of view, interests, social and economic realities and especially their development needs. If such a framework is to be equitably applied it should be flexible enough to accommodate all its member's valid concerns, and particularly the Developing Countries needs. In the effect that this reality is not adequately considered in the course of the possible negotiations any expectations on a positive outcome for the topic will be, sadly but truly, an illusion of what could have been that was not.

In that regard, it is necessary to remember that the main objective of the multilateral trading system is to raise living standards, ensure full employment and create a large and steadily growing volume of real income as well as an effective demand through the expansion of the production of and trade in goods and services.⁵² Which means the progressive reduction of **border measures**, i.e. governmental restrictions to market access: like prohibitively high tariff barriers and non-tariff barriers. All in all “...The common aim of most GATT rules is to promote non-discriminatory market access and to discourage governmental as well as certain private market distortions, for example, injurious dumping.”⁵³ Conversely, competition policy seeks to achieve a socially efficient allocation of resources and thus pretends to create the adequate conditions for overall consumer welfare and efficiency gains.

⁵¹ See OECD, **Trade and Competition Policies: Options for a greater coherence**, OECD, France, 2001, PP. 24-25.

⁵² See par. 1 of the Preamble to the Agreement Establishing the World Trade Organization.

⁵³ Ibidem. P. 43.

Thus, since the benefits that accrue to society from the consistent and coherent application of a sound competition policy have been theoretically and practically proven for over one hundred years in a domestic setting, such presumption could support those that argue in favor of the application of the same principles on the international level. In any case, the fact is that the merger of the two related policies into the multilateral trading system: market access and free competition, without the real intent to achieve a believable mutually supportive confluence amongst them, may only lead to the unjust establishment of further damaging commitments, i.e. obligations on the Developing Countries.

Moreover, it cannot be forgotten that discussions on this topic are shadowed by the on going multilateral “Doha” trade negotiations. Hence the importance of considering the fact that, inter alia, in these trade negotiations other important topics of much interest for a great number of developing countries, like agriculture, services, SDT, implementation, intellectual property, etc also have to be taken into account.⁵⁴ Topics that are part of a single negotiating process and that are governed by the fundamental negotiating principle of the single undertaking.⁵⁵ As it is well known the negotiation timetables accorded in the Doha WTO Ministerial Declaration for four developing countries topics of interest have not been met: TRIPS and public health, Special and Differential Treatment, implementation issues and, what is most important, the negotiating modalities for a further reduction in tariff bindings and the progressive, but effective, elimination of subsidies, export promotion schemes and state aids in agriculture.

This lack of serious advances in the negotiation table reveals the lack of political will to meet the binding political agreements adopted by all the WTO Members at the launch of the “Doha Developing Programme” i.e. the 9th multilateral trade negotiations round. Consequently, how right would it be to talk about the establishment of a MCF, or any other Singapore issue⁵⁶ for that matter if no real and tangible progress in the other negotiation topics of interest for the developing world is seen?

III. Conclusion

As was stated in the introduction, through out the development of this paper we have shown: a) the main difference between competition policy and competition law; b) examined the existing competition provisions in the WTO covered agreements; c) outlined the policy options that favor and disfavor a sectoral approach for a multilateral competition framework; and, d) stated out the implications such a multilateral competition framework, be it sectoral or general, could have for the developing Members of the WTO.

Specifically, we have affirmed that competition policy is a much broader concept which comprises competition law. The reason for that resides in the fact that competition policy not only does it covers competition law, but also other policy options such as privatization,

⁵⁴ The objective of the present multilateral trade negotiations lunched at the conclusion of the IV Ministerial Conference of WTO Members, at Doha, Qatar, in November 2001, was threefold: a) to give due consideration to the developing countries demands of a more just distribution of the wealth created by trade and the effective implementation of Special and Differential Treatment provisions in the WTO Covered Agreements; b) regain momentum to ensure further and effective trade liberalization on a worldwide scale; and, c) support, on the economic side, the war against terror due to the September 11th tragedy suffered by the United States of America.

⁵⁵ The single undertaking principle states that only if there is consensus and agreement on all the subjects negotiated is there a definitive agreement and thus a successfully concluded trade round.

⁵⁶ Other Singapore Issues are: investment, trade facilitation, government procurement, e-commerce and environment. The name Singapore issues was given due to the fact that this issues were tabled during the II WTO Ministerial Conference at Singapore in 1996.

Section IV. Reflexions on the options and implications of a possible multilateral framework on Competition

deregulation, etc. Moreover, competition policy regulates and balances out both private and public actions whereas competition law exclusively regulates the behavior of private enterprise. Therefore, any Multilateral Competition Framework must take into account this fundamental difference in order to adequately consider an effective MCF.

Further on, it has been established that trade negotiators did in fact take into account the effects that private restrictive business practices might have on the market access commitments negotiated during the Uruguay Round of trade negotiations. Examples being the provisions found in the GATT (article II:4 import monopolies), antidumping (article VI), export subsidies, subsidies, countervailing duties, government procurement and state trading enterprises (article XVII); TRIPS Agreement (articles 8 and 40, authorize Members to take measures against abuses of intellectual property rights and anticompetitive licensing practices); etc.

In that regard, we were able to ascertain that sectoral approaches have the advantage of helping to address particular problems in a way that could allow Members the confidence to make reciprocal market access commitments in areas that have previously not been open to trade. What's more so, sectoral agreements might help build confidence in enhanced co-operation, and in more horizontal multilateral rule making in respect of competition policy. All in all that same fragmentation could lead to incoherencies and inconsistencies that, in the long run, will affect negatively the objective of the MCF. A horizontal multilateral competition framework on the other hand would enhance the ability to take an economic-wide perspective, reduces the risk of government capture by industry, and minimizes duplication, delay, high transaction costs and legal uncertainty.

Moreover, the developing countries perspectives on this issue were also addressed. In that regard, the arguments in favour of a MCF seem reasonable enough to consider the establishment of such a system. Still, as it is publicly known, the negotiation timetables accorded in the Doha Ministerial Declaration for issues of great importance to the developing world, such as TRIPS and public health, Special and Differential Treatment, Agriculture, etc. have not been met. A truth that can not be denied and that developing country WTO Members will seek it be addressed first, before making an allowance for the conclusion of the on going trade negotiations.

Thus, on the one side, the fact is that the merger of the two related policies into the multilateral trading system, i.e. market access and free competition, without the real intent to achieve a believable mutually supportive confluence amongst them, may only lead to the unjust institution of further damaging commitments and obligations on the WTO Developing Country members; whereas, on the other side, if no due consideration of the development perspective such a MCF should have is given, the probability on initiating a negotiations on a MCF are bound to be disastrous. Reason enough to assert that the establishment of a Multilateral Competition Framework or even a series of sectoral agreements would be in serious jeopardy.

Section IV
Reflexions on the options and implications of a possible multilateral framework on Competition
Power Point presentations

- 4.A. Competition Policy in Brazil
Daniel Krepel Goldberg. Secretary of Economic Law (SDE). Ministry of Justice. Brazil 213
<http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp200384a.ppt>
- 4.B. The role of Peer Review in a Multilateral Framework on Competition Policy
Andrea Bruce. Department of Foreign Affairs and International Trade, Canada 214
<http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp200384b.ppt>
4. C. S&D in multilateral negotiations on Competition Policy
Verónica Silva. DCII. ECLAC. 215
<http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp200384c.ppt>

Section V. Possible way ahead

5.1 LA EXPERIENCIA DE COSTA RICA EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COSTA RICA Y CANADÁ

CAPÍTULO DE COMPETENCIA

Hazel Orozco Chavarría
Asesora del Area Económica
Unidad Técnica de Apoyo
Comisión para Promover la Competencia
Costa Rica

I. INTRODUCCIÓN

El tema de competencia a nivel mundial, y específicamente de cooperación, ha sido abordado por diferentes países, tanto en acuerdos multilaterales como bilaterales. En este sentido, existen acuerdos que incorporan principios de cooperación y coordinación avanzados, casos como el de la Comunidad Europea que incluso llega a establecer una autoridad de competencia a nivel regional, acuerdos como el de Estados Unidos con la Comunidad Europea que incluyen principios como el de cortesía positiva, o bien, el acuerdo de Canadá con la Comunidad Europea que incorpora disposiciones explícitas sobre la coordinación en la resolución de casos en que ambas partes tengan interés. El alcance de dichos acuerdos es un reflejo directo del nivel de desarrollo institucional de las autoridades de competencia.

En Costa Rica la legislación en materia de competencia entró en vigor en enero de 1995. A partir de este momento, se inicia un proceso de legitimación de la ley, de las instituciones creadas a partir de ésta, así como de educación a los diferentes sectores económicos sobre la importancia y las implicaciones de las disposiciones a favor de la libre competencia. En este proceso se intenta luchar contra una serie de prácticas anticompetitivas que se desarrollaban en un marco de relativa legitimidad en la que sus autores no concebían la existencia de alguna falta y, menos aún, de una sanción.

Nuestro país ha logrado importantes avances en este sentido, ya que ha logrado negociar en bloque con el resto de Centroamérica, Tratados de libre Comercio con Chile y República Dominicana.

Por otra parte, Costa Rica suscribió a nivel individual el Tratado de Libre Comercio con México en diciembre 1994, y recientemente se concluyeron las negociaciones con Canadá.

II. POLÍTICA DE COMPETENCIA

En cada uno de estos tratados se ha contemplado un capítulo referido a Política de Competencia, a excepción del TLC con México, el cual se suscribió previo a que en Costa Rica se aprobara la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley No.7472); sin embargo, el tratamiento que se dio al tema se limitó a disposiciones de buenos oficios en los que se reconocía la importancia de procurar que los beneficios del tratado no se vieran menoscabados por prácticas anticompetitivas sin profundizar en el tema y sin hacer referencia explícita a mecanismos de cooperación y coordinación.

A. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COSTA RICA Y CANADÁ

El Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Canadá representó desde el inicio una buena oportunidad para Costa Rica, en términos de propiciar una mayor profundización en estos temas.

Ahora bien, las diferencias entre Costa Rica y Canadá, tanto en términos económicos como en el nivel de desarrollo institucional en el tema de competencia resultan evidentes. En Canadá, por ejemplo, existen leyes en el tema desde 1889; utilizan un sistema basado en la jurisprudencia ("common law"), mientras que en Costa Rica se utiliza el sistema romano (se aplica únicamente lo que dice la ley) e incluso existen diferencias en la manera en que se analizan las diferentes prácticas anticompetitivas.

III. CONVENIENCIA DE ESTABLECER ESQUEMAS DE COOPERACION CON OTROS PAISES EN MATERIA DE COMPETENCIA

Dadas estas consideraciones, surge la interrogante de si es posible alcanzar algún nivel de cooperación, y en caso afirmativo, que nivel de cooperación es posible alcanzar. ¿Qué tipo de acuerdo es posible establecer bajo estas condiciones? ¿Cómo fue posible sopesar las diferencias antes mencionadas y lograr un acuerdo en competencia que tuviera algún alcance sustantivo? La respuesta a estas interrogantes se encuentra en la explicación misma del capítulo.

En las negociaciones se buscó la manera de generar un convenio flexible, pero que a la vez garantizara principios básicos que tuvieran efecto, de manera que las diferentes agencias con sus respectivas legislaciones y diferencias pudieran convivir.

El alcance del capítulo dependió de las limitaciones y de la realidad nacional; sin embargo, se pretende establecer un marco de referencia sobre el cual pueda basarse para acuerdos posteriores que conlleven a una mayor cooperación, coordinación y asistencia técnica entre las agencias.

Durante la negociación, ambos países tenían en mente un acuerdo que pudiera servir como un modelo para generar un marco sobre política de competencia para un acuerdo en el contexto del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

En consecuencia, las disposiciones adoptadas ilustran el tipo de acuerdo que es posible alcanzar entre países con diferente nivel de desarrollo económico e institucional, ya sea a nivel bilateral o multilateral, y a la vez en muchos casos responden a pronunciamientos de instituciones a nivel internacional como lo son la OCDE y la UNCTAD.

La cooperación y coordinación entre agencias fue uno de los objetivos fundamentales que justificó la negociación, y es a través de ésta y del reconocimiento de ciertos principios generales, que se logra llegar a consolidar el capítulo, el cual pretende asegurar que los beneficios de la liberalización comercial no se vean menoscabados por actividades anticompetitivas y promover la cooperación y coordinación entre las autoridades de competencia de las Partes.

CAPÍTULO DE POLÍTICA DE COMPETENCIA DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COSTA RICA Y CANADÁ

A. PRINCIPIOS GENERALES

El convenio establece algunos principios o garantías mínimas que ambas partes deben respetar:

1. Existencia y aplicación de la Ley:

Como primer requisito, el capítulo de Competencia exige que cada una de las partes cuente dentro de sus ordenamientos jurídicos con los mecanismos necesarios para eliminar las prácticas anticompetitivas que se den en el mercado. Es decir, que existan leyes, reglamentos administrativos y procedimientos de aplicación general en materia de competencia.

2. No discriminación:

Como garantía mínima, este capítulo establece el “Principio de No Discriminación”. En este sentido, cada parte debe asegurar que los mecanismos de observancia que se apliquen se ejecuten de manera no discriminatoria. Lo anterior implica que cualquier procedimiento que se siga en la materia, no diferencie a los nacionales de los extranjeros. Esto es consecuente con la legislación costarricense ya que ésta no hace diferencias entre agentes económicos nacionales o extranjeros.

3. Prácticas anticompetitivas:

En primera instancia, se hace referencia a los acuerdos anticompetitivos, las prácticas concertadas, o los esquemas anticompetitivos entre competidores para fijar precios; coordinar ofertas en procesos de licitaciones; establecer cuotas o restricciones a la producción; y distribuir o dividir mercados a través de la asignación de clientela, proveedores, territorios o líneas de comercio.

Este tipo de prácticas se incluyen en la mayoría de los países del área. Por ejemplo, en Costa Rica, México y Panamá se denominan prácticas anticompetitivas absolutas. Estas se definen como aquellos acuerdos entre agentes en un mismo nivel comercial, tendientes a la manipulación de precios, cantidades, participaciones y divisiones del mercado, así como prácticas anticompetitivas en los procedimientos de licitaciones. En Canadá y Estados Unidos se denominan “*cartel agreements*”.

En segundo lugar, se establecen como prohibidas aquellas prácticas anticompetitivas de una empresa o grupo de empresas que tiene poder en un mercado relevante o grupo de mercados. Este tipo de conductas en algunos países se denominan prácticas relativas, como es el caso de Costa Rica. En otros países, se denominan prácticas de abuso de posición de dominio, como es el caso de la Unión Europea.

Finalmente, se establece que cada parte deberá prohibir fusiones o adquisiciones con efectos anticompetitivos significativos, las cuales en el caso de Costa Rica, también están proscritos en nuestra legislación, bajo el mismo esquema de análisis que las prácticas relativas.

4. Transparencia:

Un cuarto principio se refiere a la transparencia. Se establece la necesidad de publicar o de que exista disponibilidad pública de la legislación que se adopte o mantenga para prohibir

las actividades anticompetitivas que ejecuten las obligaciones estipuladas en el capítulo, ya sea que hayan ocurrido antes de la entrada en vigor del tratado, o bien, después. Con respecto a este último caso, se deberá notificar a la otra parte dentro de 60 días, con una notificación previa cuando sea posible.

5. Imparcialidad e Independencia:

Se establece como principio la imparcialidad e independencia de las agencias de competencia. En ese sentido, se considera que no sólo debe existir un órgano con competencias suficientes para conocer y sancionar prácticas anticompetitivas y para abogar en general por soluciones pro-competitivas, sino que dicho órgano debe ser independiente de toda interferencia política, tanto en la aplicación de sus mecanismos de observancia como en sus políticas de competencia.

Por ejemplo, en el caso de la agencia de competencia de Costa Rica, la Comisión para Promover la Competencia es un órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Economía, Industria y Comercio. En este sentido, la Ley General de la Administración Pública establece que, la desconcentración será máxima cuando el superior no pueda abocar las competencias del inferior, revisar o sustituir la conducta del inferior de oficio o a instancia de parte, o bien cuando el inferior esté sustraído de las órdenes, instrucciones o circulares del superior. En otras palabras, la Comisión tiene total independencia de criterio del Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

De esta forma, el capítulo de Competencia exige la independencia de criterio, pero deja a cada parte la determinación del diseño institucional que mejor se adapte a su realidad. En otras palabras, establece una garantía mínima, pero es flexible en cuanto a la forma en que debe cumplirse este objetivo.

6. Debido Proceso:

En este tema, se consideraron una serie de disposiciones de protección mínima que fuera posible adecuarlas a las diferentes legislaciones. Así, se estableció que cada parte debe asegurar que los procedimientos judiciales y cuasi-judiciales sobre actividades anticompetitivas, sean justos y equitativos y que en tales procesos se les garantice a las empresas afectadas una notificación escrita sobre el inicio del procedimiento, la oportunidad a tener acceso a la información relevante de previo a cualquier acción final, a ser representadas, a presentar argumentos y refutar, a identificar y proteger información confidencial y que se provea una decisión por escrito de los méritos del caso. De esta manera, se establecen garantías mínimas que cada país debe respetar, pero al mismo tiempo se deja a cada Parte definir el procedimiento que mejor se adapte a sus instituciones.

7. Apelación:

Finalmente un último principio garantiza la existencia de un proceso doméstico de apelación o revisión judicial o cuasi-judicial para las personas sujetas a cualquier decisión final resultante de procedimientos para lidiar con prácticas anticompetitivas.

B. MECANISMOS DE COOPERACIÓN:

En este tema, ambas Partes reconocen la importancia de la cooperación y coordinación en la aplicación de sus mecanismos de observancia, lo cual se manifiesta a través del establecimiento de mecanismos de notificación, consultas e intercambio de información. De la misma manera, se aborda este tema mediante el establecimiento de la posibilidad de trabajar conjuntamente a través de asistencia técnica.

1. Notificaciones:

El convenio establece un sistema de notificación a la otra Parte cuando pueda perjudicar los intereses de ésta. Específicamente, señala los siguientes supuestos:

- a) Una primer situación es en la que la aplicación de mecanismos de observancia de una de las Partes pueda ser relevante para aplicación de la legislación nacional de la otra parte, es decir, que pueda ser de interés para la otra parte en el sentido de que se relaciona con alguna actividad anticompetitiva que está o eventualmente podría investigar la agencia de competencia de la otra parte.
- b) Una segunda situación se presentaría en el caso de actividades anticompetitivas que sean ejecutadas total o parcialmente en el territorio de la otra parte y que sean significativas para esa otra parte.
- c) Otra situación que implicaría una notificación sería el caso de fusiones o adquisiciones en las cuales una o más de las empresas en la transacción, o una empresa que controla una o más de las empresas en la transacción; esté establecida u organizada bajo las leyes de la otra parte o alguna de sus provincias.
- d) Igualmente requerirá notificación si la aplicación de los mecanismos de observancia expresamente o de alguna otra manera exigen o prohíben una conducta en el territorio de la otra parte.
- e) Finalmente, si se llevara a cabo alguna recabación de información ubicada en el territorio de la otra parte, sea a través de una visita personal de funcionarios de una parte o de cualquier otra forma, excepto los contactos telefónicos con una persona en el territorio de la otra parte, cuando esa persona **no** es el objeto de la aplicación de mecanismos de observancia y el contacto busca solamente una respuesta oral sobre una base voluntaria.

La notificación normalmente deberá efectuarse tan pronto como una autoridad de competencia de una parte se entere que las circunstancias en las que procede una notificación están presentes.

En relación con este tema de la notificación, es importante tomar en cuenta que ésta se efectuará, tomando en consideración que con ella no se dañen los intereses de la parte que notifica. Es decir, si la notificación va a perjudicar una investigación de la agencia de Costa Rica, ésta no estaría obligada a comunicar inmediatamente a Canadá sobre una determinada situación y viceversa.

2. Intercambio de Información:

Por otro lado, el capítulo señala como otro mecanismo de la posibilidad de intercambiar información. Sin embargo, se pueden reservar el derecho de negarse a suministrar cualquier documentación, cuando contravenga sus leyes de confidencialidad. Igualmente, es importante señalar que cada parte mantendrán, hasta donde sea posible, la confidencialidad de toda la documentación que la otra parte le haya comunicado en confianza. Cualquier información que se haya transmitido deberá utilizarse solamente para los propósitos de ejecutar la acción que se haya comunicado.

3. Consultas:

Debe indicarse que el capítulo también señala que las partes realizarán consultas, por lo menos una vez cada dos años, o cuando una de las partes así lo solicite por escrito, para

considerar asuntos relacionados con la operación, ejecución, aplicación e interpretación del acuerdo, y para revisar las medidas de las partes para proscribir actividades anticompetitivas y la efectividad de la aplicación de los mecanismos de observancia.

Así las cosas, el Convenio entre Costa Rica y Canadá establece una serie de garantías mínimas, pero a la vez otorga suficiente flexibilidad y autonomía a las partes para establecer la política de competencia que mejor se adapte a sus necesidades. Es decir, el convenio de alguna manera evidencia que si bien existen diferencias institucionales entre los países, éstas no deben ser un obstáculo para establecer convenios de cooperación. Igualmente, los mecanismos de cooperación existentes en el capítulo muy probablemente no demandarán muchos recursos, permitiendo así adaptarse a la realidad de una agencia de una economía pequeña.

4. Acuerdos y Esquemas Adicionales de Asistencia Técnica:

En relación con otras posibilidades de cooperación, se crea la posibilidad de que se acuerden esquemas o acuerdos adicionales de cooperación y asistencia legal mutua y se acuerda que es interés común de ambas partes el trabajar conjuntamente en iniciativas de asistencia técnica relacionadas con la política de competencia, de la legislación respectiva y de la aplicación efectiva de dicha legislación.

IV. CONCLUSIONES

El Capítulo de Competencia entre Canadá y Costa Rica logra demostrar que es posible suscribir acuerdos en el tema de competencia y específicamente de cooperación entre agencias, entre países con diferente grado de desarrollo económico e institucional. Esto se logra mediante el establecimiento de principios básicos y flexibles que permitan ajustarse a las diferentes realidades y legislaciones internas de las Partes y además a mecanismos que no imponen cargas excesivas sobre agencias de menor desarrollo relativo. De esta manera, este capítulo podría servir de marco de referencia para la suscripción de convenios tanto a nivel bilateral como regional.

La capacidad técnica de las agencias con un nivel de desarrollo inferior, se pueden ver beneficiadas dado que se establece la posibilidad de suscribir acuerdos o esquemas de cooperación posteriores, así como de asistencia técnica. Este tipo de disposiciones genera la posibilidad de que en el futuro se pueda profundizar más en convenios de este tipo entre diferentes agencias conforme se avance en este tema a nivel nacional.

Por otra parte, un convenio de esta naturaleza aumenta la legitimidad tanto de la legislación como de las instituciones de competencia, especialmente en países que recientemente están aplicando su legislación. Los efectos de esta legitimación no se limitan al ámbito nacional, sino también a nivel internacional. En el caso de Costa Rica, el hecho de suscribir disposiciones de esta índole con una agencia de competencia como la canadiense, es ejemplo de lo anterior.

5.2 Experiencias recientes en Revisiones por Pares: el caso de Chile*

Carmen Gloria Vega

(Sao Paulo, 23 de Abril de 2003)

La intención de esta presentación es compartir la experiencia de la revisión realizada durante el Primer Foro Latinoamericano de Competencia, organizado por la OECD y el BID, llevado a cabo en París los días 7 y 8 de abril recién pasados, al cual Chile asistió, voluntariamente, para participar de una revisión con sus pares respecto a la formulación y aplicación de sus leyes y políticas de competencia.

Con este propósito se presentarán, en términos generales, las experiencias recabadas en esta ocasión, para dar a los participantes la oportunidad de conocer a mayor cabalidad un proceso que ha sido calificado positivamente tanto por sus organizadores como por sus participantes.

De la presentación

Esta exposición se desarrollará considerando tres aspectos primordiales que permitirán elaborar una idea concisa respecto a la participación en un encuentro de este tipo. Primero se expondrá respecto a las características generales de una Revisión por Pares, intentando con esto generar un concepto general que sirva como base al resto de la exposición. En segundo lugar se comentará respecto al caso específico de Chile y su experiencia en el proceso de revisión recién efectuado, para luego cerrar la presentación exponiendo los resultados que, bajo el punto de vista de Chile, se generaron como efecto de esta instancia de evaluación y discusión.

De la Revisión por Pares

Al hablar de la Revisión por Pares nos referimos a una instancia de discusión y revisión abierta, de carácter netamente voluntario y no vinculante. Así, el país que participa de una revisión como está presenta al resto de los participantes su experiencia respecto al funcionamiento actual e histórico de sus sistemas de defensa de la competencia, siendo esta una instancia en la cual se discute la forma en que un país lleva a la práctica sus políticas de competencia. El énfasis de este foro se coloca en el compartir las experiencias de los participantes, promoviendo la discusión, buscando alcanzar consenso respecto a ciertos temas e intentando establecer una red entre todos los encargados de aplicar las políticas, así como identificar y difundir las mejores prácticas en leyes y políticas de competencia a través de los comentarios de los participantes.

El objetivo de estas reuniones es realizar una discusión de carácter más bien técnico, analizando los distintos aspectos de las leyes y políticas de competencia del país en revisión, intentando con esto obtener ciertas conclusiones respecto a las distintas

* Carmen Gloria Vega. Ingeniero Departamento de Análisis Técnico y Mercados Regulados. Fiscalía Nacional Económica, Chile.

opciones de políticas que pudieren ser aplicadas. Se trata de una discusión relativa a los desafíos en la introducción de las políticas de competencia, lo cual permite que los participantes de los distintos organismos de defensa de la competencia intercambien experiencias tanto entre sí mismos, como con expertos en estos temas, expertos que pueden o no pertenecer a países en donde los regímenes eficaces de la competencia tienen una mayor trayectoria. El examen a las instituciones es desarrollado sobre la misma base y utilizando un método similar al que la OECD aplica en la evaluación de sus países miembros.

Inicialmente el encargado de la realización del informe es un consultor externo, el cual viaja al país a ser evaluado para confeccionar un reporte que contendrá todos los aspectos necesarios para llevar a cabo una evaluación objetiva y responsable del funcionamiento de las leyes y políticas de competencia en este país. Así se generará un reporte que contendrá la totalidad de los puntos de revisión que pueden ser eventualmente discutidos durante el foro. Con el objeto de elaborar el mencionado reporte, el proceso considera la confección de un cuestionario que incluye aspectos relativos a la legislación de competencia actual en el país bajo revisión, organismos de la competencia competentes, presupuesto destinado a estas actividades y decisiones históricas relativas a prácticas restrictivas.

Este informe servirá como base de discusión al momento de llevar a cabo la revisión, en conjunto con sus pares, respecto a la aplicación y efecto de las leyes de competencia del país en estudio.

La experiencia chilena.

La participación de Chile en esta instancia de discusión, se enmarca dentro de la política de la administración actual de la Fiscalía Nacional Económica de mayor vinculación con otros países y organismos multinacionales, con miras a una mayor transparencia en el accionar de los organismos de la competencia en nuestro país. Así, bajo esta misma administración, se ha creado un departamento de Estudios y Relaciones Internacionales, buscando concretar este objetivo anteriormente señalado.

La experiencia en esta instancia de revisión se puede calificar de positiva, destacándose el trabajo necesario para la recopilación de información como apoyo a la confección del informe final, el cual servirá de base a la discusión posterior. Paralelamente, esta experiencia permite trabajar en equipo dentro de la agencia para examinar y determinar las metas de la legislación de la competencia y definir el ámbito de acción de la misma respecto del servicio. Es así que, como resultado de este proceso de revisión del sistema, se genera una visión global de los trabajos realizados en la agencia, la cual permite obtener una evaluación interna de la institución, como de la relación con el resto de los organismos reguladores, proceso que sería muy difícil de llevar a cabo si se consideran los impedimentos propios del trabajo de día a día.

El informe antes referido fue presentado y discutido en el Primer Foro Latinoamericano de Competencia, realizado los primeros días de abril en París, el cual contó con el apoyo y financiamiento de la OECD y el BID, y al cual asistieron representantes de la fiscalía chilena, incluyendo al Fiscal Nacional Económico. Dentro del desarrollo de este foro, y como parte de esta revisión, se generó una sesión de preguntas y respuestas relativas al informe y también respecto a las actividades desempeñadas por la Fiscalía Nacional Económica chilena, todo esto con el objeto de profundizar en el entendimiento del accionar de este organismo y las Comisiones Antimonopolios.

Con posterioridad a la sesión de preguntas y respuestas, tanto los países examinadores, que en esta ocasión fueron Canadá y México, como otras delegaciones presentes, manifestaron su conformidad con el proceso llevado a cabo con Chile y los resultados obtenidos del mismo, así también expresaron su disposición a colaborar con futuros procesos de revisión.

El resultado favorable obtenido en esta revisión implica que tanto la OECD como el BID, dentro de un acuerdo marco, continuarán desarrollando este tipo de actividades, siendo muy probable que México y Perú, entre otros, sean los siguientes países que concurran voluntariamente a esta instancia de discusión.

Resultados obtenidos en la Revisión por Pares

Se puede evaluar esta Revisión por Pares como una experiencia altamente positiva de inserción de la Fiscalía Nacional Económica chilena dentro del contexto internacional de actividades multilaterales.

Es importante destacar que en este reporte se apoya firmemente la labor de la fiscalía, junto con el gobierno chileno, en orden a lograr que se adopte una reforma al actual Decreto Ley 211, el cual regula el sistema chileno de defensa de la competencia. Esta modificación propuesta, que actualmente se encuentra en sus últimos trámites para la aprobación legislativa y aborda, entre otras materias:

- i. La creación de un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de carácter independiente y con presupuesto propio, formado por integrantes remunerados y elegidos vía concurso público de antecedentes.
- ii. La eliminación de algunas instituciones como la Comisión Preventiva y las Fiscalías Regionales, a cambio de instaurar un organismo independiente de carácter técnico, como lo es el Tribunal de la Competencia.
- iii. Eliminación del delito de monopolio.
- iv. Y el aumento de las multas por infracciones a la libre competencia.

Para finalizar, cabe resaltar que este informe apoya los esfuerzos de la Fiscalía Nacional Económica chilena por publicar en su página web todas las decisiones de las Comisiones Antimonopolios así como los informes de la Fiscalía, concretándose así la intención de la actual administración de transparentar y promover las políticas y leyes de la competencia chilena tanto en el ámbito nacional como internacional, estableciéndose como plazo para el cumplimiento de este objetivo el mes de diciembre del presente año 2003, respecto de las decisiones de las comisiones.

5. 3. ABOGACIA DE LA COMPETENCIA EN ARGENTINA

CONCENTRACIÓN HORIZONTAL EN UN AMBIENTE REGULADO. EL CASO DE LA DISTRIBUCIÓN DE ELECTRICIDAD EN EL AREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES

Diego Petrecolla
Director del Centro de Estudios Avanzados, UADE

Carlos A. Romero
Centro de Estudios Económicos de la Regulación, UADE

Mayo, 2003

I. Introducción

Al momento de la privatización, la empresa pública (SEGBA) fue separada horizontalmente en tres empresas: dos cubriendo el área del Gran Buenos Aires (EDENOR y EDESUR) y otra cubriendo un área de menor concentración demográfica cerca de la Ciudad de La Plata (EDELAP)¹. Las dos primeras son distribuidoras de gran envergadura con alrededor de dos millones de clientes cada una. La regulación impuso limitaciones a la propiedad conjunta de estas empresas e inclusive prohibió la transferencia de la propiedad durante los cinco primeros años de la concesión.

A pesar de la separación horizontal de las concesiones para permitir la comparación de la prestación del servicio público en cada área, luego de pasado el período de prohibición, se produjo una transferencia de acciones que implicó el traspaso de la propiedad de EDENOR y EDESUR a manos de un solo grupo económico. Este hecho produjo la iniciación de un expediente para dilucidar los efectos sobre la competencia de tal adquisición.

Entonces, en el presente trabajo se examina el caso de concentración de la propiedad en las empresas de distribución de electricidad que operan dentro del área de la Ciudad de Buenos Aires y sus alrededores, con el objetivo de analizar los argumentos que llevaron a la decisión final por parte de las autoridades competentes.

A los efectos de brindar un marco de análisis, el estudio de fusiones y adquisiciones comprende los efectos de una concentración sobre la competencia, a través de sus repercusiones sobre los precios, la calidad y variedad de la oferta y la imposición de barreras a la entrada de nuevos competidores.

Sin embargo, este análisis tradicional para la defensa de la competencia no puede aplicarse en el caso de monopolios regulados. En dichos mercados, los precios y las especificaciones de la oferta están determinadas por un marco y un organismo regulador, y no son afectadas directamente como consecuencia de una operación de concentración. Pero, la capacidad de regulación suele estar íntimamente ligada a la composición de las empresas participantes del mercado en cuestión. Así, una fusión de empresas reguladas puede incidir indirectamente sobre el precio y la calidad de la oferta, a través de sus efectos sobre la capacidad regulatoria. Entonces, es fundamental analizar las herramientas con que

¹ El Decreto 714/92 dispone la creación de EDENOR y EDESUR y aprueba sus estatutos. El decreto 1795/92 hace lo propio con EDELAP:

cuenta el regulador y determinar si las mismas podrían verse afectadas por la fusión de dos empresas reguladas.

Adicionalmente, el análisis de los efectos anti-competitivos de fusiones y adquisiciones de empresas reguladas de distribución de electricidad requiere un tratamiento particular debido a que esta industria presenta características económicas, tecnológicas y regulatorias específicas.

Dada la escasa experiencia regulatoria argentina, se ha recurrido a la experiencia internacional en búsqueda de casos similares. Lamentablemente, en general, los reportes de agencias reguladoras y de defensa de la competencia y la literatura académica se concentran en el estudio de fusiones horizontales en el segmento de generación, que es actualmente competitivo, y en el análisis de los efectos sobre la competencia de la integración vertical de las distintas etapas del sector. Además, no resultan perfectamente comparables las experiencias de países que permiten una amplia integración vertical del sector con las de países que imponen severas restricciones, debido a la dificultad de comparar empresas con muy diferentes objetivos y tareas. A pesar de estas limitaciones, el funcionamiento del sistema de Inglaterra-Galés ha sido de utilidad para ilustrar algunos de los argumentos utilizados para decidir el caso, debido a su similitud con el sistema argentino.

La pregunta relevante en este caso está referida principalmente a la forma en que se vería afectado el interés económico general cuando un determinado grupo económico participa del control de dos compañías que comparten la red de distribución². La cuestión está relacionada con tres aspectos. En primer lugar, con el impacto que tendrían las fusiones de empresas reguladas sobre la habilidad de los reguladores para emplear medidas de competencia por comparación en el proceso regulatorio. En segundo lugar, con la capacidad de las empresas controladas para realizar algún tipo de discriminación o impedir el acceso a la red. En tercer lugar, con los efectos sobre potenciales mercados competitivos, cuando cambios tecnológicos permitan la introducción de competencia, tal como lo prevé la Ley de Energía Eléctrica.

La estructura de este trabajo es la siguiente. En la siguiente sección se hará una breve descripción de las características principales del sector eléctrico que servirá como marco de referencia del análisis posterior. En la sección III se presentarán los antecedentes del caso. Los principales aspectos a tener en cuenta como costos y beneficios en este tipo de fusiones se incluyen en la sección IV. En la sección V, se presentarán los principales argumentos utilizados por la autoridad de competencia en su dictamen no vinculante para el regulador eléctrico: el efecto sobre la capacidad de regulación a través de un mecanismo de competencia por comparación y los problemas que surgen al considerar la posibilidad de introducir competencia en el segmento de comercialización minorista. Por último, se plantean una serie de conclusiones.

II. Estructura de mercado y regulación de la industria eléctrica

En primer lugar, se realiza un breve repaso de la estructura y el funcionamiento de esta industria, con el propósito de contar con un marco de referencia para el análisis de la concentración en un mismo grupo económico de dos empresas distribuidoras en el segmento de distribución.

² En la práctica, las dos áreas de explotación se consolidan en una sola, aunque sin fusionar las empresas a cargo de cada área. A esto llamamos "Control conjunto" que no es estrictamente igual a una fusión o adquisición, aunque a lo largo del trabajo se utilizarán indistintamente estos términos.

1. **El mercado eléctrico**

La Ley 24.065 de Energía Eléctrica establece el marco normativo que permitió la transformación del mercado eléctrico argentino. Esta Ley sentó las bases para establecer condiciones de competencia en aquellos segmentos de la industria en la que la competencia es técnicamente factible, delimitando estrictamente las etapas de producción: *división vertical de la industria*. Los cuatro eslabones en los que se separó la industria fueron: generación, transporte, distribución y comercialización³. Asimismo, dicha Ley introdujo limitaciones y restricciones dentro de cada segmento creado: *división horizontal de la industria*. El objetivo también fue evitar la consolidación de la oferta de energía eléctrica y la prestación de los servicios de la actividad eléctrica en manos de un reducido grupo de prestadores.

La primera etapa es la *generación* de energía, que se desenvuelve en un mercado donde existen condiciones de competencia. Los progresos tecnológicos que tuvieron lugar durante las últimas décadas permitieron bajar los umbrales mínimos de producción haciendo posible la entrada de productores de menor escala. De hecho, este factor constituyó uno de los principales determinantes de la reestructuración de este sector a nivel mundial. De todas maneras, para que los beneficios de la competencia en el segmento de generación de energía eléctrica –en particular, los menores precios– lleguen a los consumidores finales, es necesaria una adecuada regulación de las etapas posteriores.

Las segunda y tercera etapas corresponden a las actividades de *transmisión* en alta tensión y de *distribución* a usuarios finales. En estas etapas están presentes subaditividades de costos. Es inevitable entonces aceptar una organización del mercado con un solo productor, por lo que surge luego, la necesidad de diseñar instrumentos regulatorios.

En tanto que en transmisión juegan un rol importante las características de la red de alta tensión que conectan la demanda y la oferta a nivel nacional, en distribución se tienen en cuenta además fenómenos regionales y de localización de la demanda. Esto permite la separación horizontal de la actividad de distribución mediante monopolios restringidos a cierta zona geográfica.

La regulación es imprescindible para que estos segmentos se desenvuelvan en condiciones de máxima eficiencia posible pero, además, para coordinar la industria en su totalidad. Efectivamente, existen problemas derivados de la coordinación regulatoria entre etapas y, como consecuencia, se indujo la creación del organismo operador del despacho eléctrico a cargo de una empresa privada (Cammesa), en donde participan en forma accionaria representantes de cada una de las etapas de producción y del Estado –a través de la Secretaría de Energía– con poder de veto.

En el caso particular de las distribuidoras que operan el área correspondiente a la ex-Segba, la regulación establece un “price-cap” sobre el valor agregado de distribución (VAD) con una cláusula de ajuste RPI-X. El factor X está relacionado con los incrementos de productividad de las distribuidoras de energía eléctrica y fue fijado en cero para el primer período tarifario, que culmina en el año 2002. El VAD se calcula sobre la base de los costos de distribución (que no incluyen las compras de energía) más inversiones correspondientes a la expansión de redes derivadas del crecimiento de la demanda.

La ley limita explícitamente cualquier tipo de discriminación al uso de las redes de transmisión y distribución. Se estableció el criterio de *libre acceso* a redes, de uso común en

³ La separación de las primeras tres etapas se hizo efectiva con la privatización a partir de 1992. La separación de la comercialización comenzó, en forma parcial, a partir de 1994 y aun en la actualidad no se encuentra totalmente aislada.

los procesos desregulatorios y en casos de política de competencia dentro de la industria eléctrica⁴.

Adicionalmente, existen metas de calidad que, en caso de no ser cumplidas, resultan en multas, según se estipula en el régimen de penalidades del contrato de concesión. Por último, las distribuidoras tienen la obligación de proveer servicio a todos los consumidores que lo soliciten.

Finalmente, queda la etapa de *comercialización* que hasta la actualidad sólo fue parcialmente desregulada para el segmento mayorista⁵. El consumidor minorista está cautivo de la distribuidora que opera en su zona, aunque están dadas las condiciones tecnológicas para la existencia de competencia⁶.

2. La naturaleza del negocio de las distribuidoras

Cada distribuidora tiene la concesión de las redes y las opera dentro de su área de concesión exclusiva. Se distinguen a grandes rasgos dos tipos de negocio dentro de las funciones generales de estas firmas. Uno está relacionado con la tarea de operación y mantenimiento de la red (*actividad de distribución*) y el otro asociado con la *actividad de comercialización* de la energía.

La actividad de distribución es capital intensiva, no está sujeta a competencia y sus cargos son regulados. La distribución no es sólo el transporte de energía en baja tensión para llegar a los consumidores, también incluye otros servicios relacionados, potencialmente competitivos, como por ejemplo la operación de medidores y la instalación de conexiones a la red.

La comercialización es una etapa potencialmente competitiva. Se trata del negocio responsable de la facturación, la cobranza y el mantenimiento de un registro de los consumidores. Su tarea básica es la compra de electricidad en el mercado mayorista y su posterior entrega a los consumidores finales, haciendo los arreglos que sean necesarios con las etapas de transporte y distribución.

Para ilustrar las características del negocio de las empresas de distribución se toma como ejemplo el sistema eléctrico de Inglaterra y Gales (Tabla II-1), donde la separación contable exigida por el regulador ha permitido comparar los resultados de las distribuidoras por tipo de actividad.

⁴ Especialmente en Estados Unidos donde fallos del FERC han obligado la separación de activos, para desintegrar verticalmente la transmisión con la presencia de un operador independiente del sistema (ISO) y la aplicación del principio de acceso abierto. En Bondorevsky y Romero (2001) se presenta un análisis detallado de los principales casos de defensa de la competencia en EEUU, Europa y Latinoamérica.

⁵ Se permitió ingresar como agentes a los grandes usuarios mayores (GUMA, con más de 1 MW de demanda máxima), menores (GUME, entre 100 kV y 1 MW de demanda máxima) y particulares (GUPA, entre 30 kV y 100 kV de demanda máxima).

⁶ Es posible que aún no estén dadas las condiciones económicas. La introducción de competencia requiere de altos costos de lanzamiento por parte de las empresas entrantes. Sin bien los beneficios sociales derivados de la competencia pueden llegar a superar los costos asociados la introducción de nuevas empresas, la incertidumbre en cuanto al resultado de esta ecuación justifica la opción de esperar.

Tabla II-1: Beneficio agregado del negocio de las distribuidoras en Inglaterra y Gales (a precios de 1996/97)

	Inicio	Segundo
	Periodo tarifario	
	1995/96	
I. Mantenimiento de Redes		
Ventas (millones de £)		4,374
Costo Operativo (millones de £)		(2,642)
Beneficio Operativo (millones de £)		1,732
II. Comercialización		
Ventas (millones de £)		15,698
Costos Operativos (millones de £)		(15,458)
Beneficio Operativo (millones de £)		240

Fuente: OFFER (1998)

Para la actividad de distribución, son necesarias importantes instalaciones como plantas de transformación, líneas aéreas y subterráneas, torres, entre otros. Por lo tanto, los costos operativos de la parte I de la tabla corresponden a los gastos relacionados con el mantenimiento y la operación de la red.

Por el contrario, para el negocio de la comercialización sólo es necesario contar con una oficina, capacidad para conseguir buenos precios de la energía, equipos de ventas, de lectura de medidores y un eficiente sistema de distribución y cobro de facturas. En este caso, los costos operativos (parte II de la tabla) están explicados casi en su totalidad por las compras de energía en el mercado "spot".

La rentabilidad del negocio se debe calcular en forma relativa al capital utilizado para llevar adelante la actividad, que no surge de la tabla. Sin embargo, al comparar el beneficio operativo de ambas actividades, se observa que la magnitud del beneficio derivado de la distribución es algo más de siete veces el beneficio originado en la comercialización. Esto no quiere decir que la rentabilidad sea más alta sino que el monto de capital involucrado en cada actividad es sustancialmente distinto.

Esta breve descripción del negocio de las distribuidoras responde al objetivo de visualizar al menos dos tipos de actividades claramente diferenciadas: distribución y comercialización minorista. Si bien, actualmente en el mercado argentino hay exclusividad zonal para comercializar electricidad a nivel residencial, esta exclusividad no está justificada en razones de índole tecnológica.

III. Antecedentes del caso

El caso es iniciado de oficio por el ENRE en noviembre de 1997⁷, mediante un pedido de información a las sociedades Endesa y Enersis S.A., a los efectos de detectar eventuales acciones monopólicas o de abuso de posición dominante que pudieran afectar el normal desenvolvimiento del mercado eléctrico, como consecuencia de la operación de adquisición por parte del grupo Endesa de acciones emitidas por Enersis.

⁷ Expediente 4408/97.

1. Marco legal

El artículo 54 de la Ley 24.065 dispone la creación del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) para que lleve a cabo las tareas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en dicha Ley. Dentro de las funciones y facultades la Ley establece que el ENRE tiene competencia para:

“... c) prevenir conductas anti-competitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria incluyendo a productores y usuarios;... n) Requerir de los transportadores y distribuidores los documentos e información necesarias para verificar el cumplimiento de esta Ley, su reglamentación y los respectivos contratos de concesión, realizando las inspecciones que al efecto resulten necesarias con adecuado resguardo de la confidencialidad de información que pudiera corresponder...” (Artículo 56, Ley 24.065)

Además, se establece que:

“los generadores, transportistas y distribuidores no podrán realizar actos que impliquen competencia desleal o abuso de una posición dominante en el mercado...” (Artículo 19, Ley 24.065)

Al momento del caso, la reglamentación de este artículo estipulaba que el ENRE era el organismo encargado de caracterizar y configurar que situaciones particulares eran consideradas competencia desleal o abuso de posición dominante. Posteriormente, la Ley 25.156, de Defensa de la Competencia, deroga esta facultad del ENRE:

“Queda derogada toda atribución de competencia relacionada con el objeto y finalidad de esta Ley otorgada a otros organismos o entes estatales” (Artículo 59, Ley 25.256),

quedando en la actualidad como autoridad competente para decidir los casos de sectores regulados, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC)⁸.

Con respecto a los aspectos legales concernientes al caso, la Ley de energía eléctrica introduce normas para asegurar la desintegración vertical de la industria:

“Ningún generador, distribuidor, gran usuario ni empresa controlada por alguno de ellos o controlante de los mismos, podrá ser propietario o accionista mayoritario de una empresa transportista o de su controlante. No obstante ello, el Poder Ejecutivo podrá autorizar a un generador, distribuidor y/o gran usuario a construir a su exclusivo costo y para su propia necesidad, una red de transporte, para lo cual establecerá las modalidades y forma de operación.” (Artículo 31, Ley 24.065).

En idéntico sentido, el decreto de reglamentario de la Ley establece:

“El titular de una concesión de distribución no puede ser propietario de unidades de generación. De ser éste una forma societaria, sí pueden serlo sus accionistas, como personas físicas o constituyendo otra persona jurídica con ese objeto.” (Artículo.9, Decreto 1398/92.)

Asimismo, se limita la concentración horizontal exigiendo autorización pública para consolidar empresas de distribución o transporte.

⁸ Luego de varias presentaciones y respuestas de la CNDC y la Secretaría de Energía (“SE”) el 2 de noviembre de 1999, el ENRE se declaró incompetente para entender en el Expediente 4408/97 y remitió el mismo a la CNDC, organismo al que consideró competente para resolver la cuestión luego de la sanción de la nueva Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156. Por su parte, la CNDC mediante Resolución de fecha 7 de diciembre de 1999 se declaró también incompetente para resolver el tema, girando nuevamente las actuaciones al ENRE. Finalmente el conflicto de competencia negativo fue resuelto mediante la Resolución ME N° 266/2000 donde se estableció que la competencia del ENRE para resolver el Expediente 4408/97, sin perjuicio de la opinión consultiva que debería ser realizada a la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor por la especificidad de la materia en cuestión.

Artículo 32: “Sólo mediante la expresa autorización del ente, dos o más transportistas o dos o más distribuidores podrán consolidarse en un mismo grupo empresario o fusionarse. También será necesaria dicha autorización para que un transportista o distribuidor pueda adquirir la propiedad de acciones de otro transportista o distribuidor, respectivamente. El pedido de autorización deberá ser formulado al ente, indicando las partes involucradas, una descripción del acuerdo cuya aprobación se solicita, el motivo del mismo y toda otra información que para resolver pueda requerir el ente. El ente dispondrá la realización de audiencias para conocer la opinión de todos los interesados y otras investigaciones que considere necesarias y otorgará la autorización siempre que no se vulneren las disposiciones de la presente ley ni se resientan el servicio ni el interés público.” (Artículo 32, Ley 24.065).

El propósito perseguido por el Artículo 32 de la Ley es el de evitar que se produzca lo que desde el inicio del proceso de privatización se intentó combatir: la consolidación de empresas transportistas o distribuidoras en manos de un mismo grupo económico. Esta finalidad se puede ilustrar con los considerandos del Decreto de creación de las empresas EDENOR y EDESUR:

“resulta conveniente delimitar y definir, ... , las áreas de concesión para cada una de las dos unidades de negocio independientes a constituir, a los efectos de permitir la existencia de criterios de comparación de las condiciones de prestación del servicio público de electricidad en cada área, provocando como reflejo de ello que el concesionario preste un servicio de mayor calidad a sus usuarios...” (Decreto 714/92).

En definitiva, esta consideración resultará crucial para la definición del caso por parte de las autoridades competentes.

2. Participación del grupo Endesa en el mercado de distribución

De acuerdo con información relevada por el ENRE, al 30 de diciembre de 1997 el grupo Endesa participaba en ambas distribuidoras del Gran Buenos Aires. Endesa desde la privatización del mercado eléctrico en 1992 integraba junto con EDF y Astra el grupo de control de EDENOR. En EDESUR, el grupo Endesa participaba directamente a través de Enersis International Ltda., filial de Endesa, e indirectamente a través de Distrilec Inversora S.A., entre cuyos accionistas se encontraban Endesa, Enersis S.A. y Enersis International Ltda.

Esta participación de Endesa en EDESUR corresponde a la adquisición (31 de octubre de 1997) por parte de Endesa Desarrollo S.A (subsidiaria de Endesa). de 2,96% del capital de Enersis y la compra por parte de Elesur S.A., filial de Endesa Desarrollo S.A., del 86.19% de las acciones de las sociedades Chispas, poseedoras del 29,04% de Enersis,

Posteriormente, conforme a lo informado por Endesa al ENRE, el grupo Endesa hizo una oferta de adquisición de acciones de Enersis S.A (9 de marzo de 1999). abarcando títulos representativos de hasta el 32% del capital de dicha sociedad. La oferta estaba condicionada a que una asamblea general de accionistas de Enersis S.A. modificara el límite de concentración accionaria fijado en el estatuto social, elevándolo al 65% del capital. Luego de haberse cumplido la condición mencionada (7 de abril de 1999), mediante remates llevados a cabo en los mercados de valores de la capital chilena y de la ciudad de Nueva York, accionistas de Enersis S.A. (en un número que representaba el 32% del capital social) aceptaron la oferta cursada por Elesur S.A. y por Endesa Internacional S.A. (ambas subsidiarias de Endesa).

En consecuencia, concretada la transferencia a favor de Elesur S.A. de las acciones comprendidas en la oferta y sumando las tenencias accionarias que habían sido adquiridas en forma indirecta en 1997, el grupo Endesa ha pasado a controlar un número de acciones del grupo Enersis (accionista controlante de Edesur) equivalente al 64% de su capital y de sus votos.

La composición accionaria a fines de 1999 se presenta en la Tabla III-1.

Tabla III-1: Participación del grupo Endesa en la distribución de electricidad del área de Buenos Aires

En EDENOR		En EDESUR	
Electricidad Argentina S.A.	51,00%	Distrilec S.A.	51,00%
Endesa Internacional S.A.	19,50%	Enersis	39,00%
EDF Internacional – SAUR	19,50%	Programa de Propiedad Participada	10,00%
Programa de Propiedad Participada	10,00%		
En Electricidad Argentina S.A.		En Distrilec S.A.	
Endesa Internacional S.A.	36,36%	Chilectra S.A. y Chilectra Int. Ltda..	22,49%
EDF Internacional – SAUR	36,36%	Enersis S.A. y Enersis Int. Ltda.	26,12%
Astra CAPSA	27,28%	C.N: Pérez Companc	38,50%
		Otros	12,89%

Fuente: ENRE

De la tabla anterior surge claramente la participación de Endesa en EDENOR y la participación en EDESUR a través del control obtenido en el grupo Enersis. A su vez, Enersis controla el 73% de Chilectra, el operador técnico de EDESUR.

IV. Caracterización de la concentración

1. Definición

En primer lugar conviene definir el tipo de concentración en cuestión, para entonces esclarecer el tratamiento y las consideraciones que se tendrán en cuenta para analizar el caso, desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

Una concentración horizontal de empresas se define como la unión o consolidación de empresas rivales, en un mismo grupo económico (Viscusi, Vernon y Harrington, 1995). El concepto de rivalidad no es aplicable al caso de la actividad de mantenimiento de cables de las distribuidoras de energía eléctrica, debido a que su actividad es llevada a cabo en mercados geográficamente separados.

Consecuentemente, el tratamiento correspondería a lo que se denomina conglomerados por extensión de mercados, donde las empresas venden el mismo producto en distintos mercados. En general, este tipo de conglomerado daña la competencia a través de la imposición de algún tipo de discriminación al acceso a las redes y de la eliminación de potenciales entrantes.

Sin embargo, esta primera definición adolece de cierta debilidad en cuanto no tiene en cuenta la actividad de comercialización minorista que también llevan a cabo las distribuidoras. Al incluir esta actividad, la falta de rivalidad ya no es un argumento aceptable debido a que existe la posibilidad tecnológica de introducir competencia en este segmento. Por lo tanto, el riesgo de que implementen barreras a la entrada debe ser tenido en consideración al analizar la aprobación de este tipo de concentración. Es decir, aun cuando la consolidación de dos distribuidoras en un mismo grupo económico no dañe la competencia actual, podría afectar seriamente la competencia futura en caso de la

desregulación de la comercialización. En este caso, el control conjunto de ambas empresas entraría en la categoría de una concentración horizontal.

Por otra parte, podría existir la posibilidad de violar el criterio de acceso abierto a través de un manejo arbitrario del despacho eléctrico en el área del Gran Buenos Aires⁹. Esta discrecionalidad en el manejo del despacho eléctrico podría favorecer a determinadas empresas generadoras, especialmente cuando existe algún grado de integración vertical.

Entonces, también parece quedar claro que para analizar la conveniencia del control conjunto de dos distribuidoras, se deben analizar cada una de las actividades en que se desenvuelven estas empresas. En primer lugar la actividad regulada de cuidado de los cables y en segundo lugar la actividad de venta minorista que podría estar sujeta a una futura desregulación. En cualquiera de los dos casos las reglas de defensa de la competencia deberían ser lo suficientemente generales como para ser aplicadas a mercados regulados, a mercados vinculados a sectores regulados y a mercados pasibles de ser desregulados (Balzarotti, 1999).

1. Beneficios privados y costos sociales derivados de la concentración

Diversos factores justifican, desde un punto de vista privado, la fusión o el control conjunto de dos empresas distribuidoras de energía eléctrica.

- En primer lugar, la búsqueda de eficiencia. Inclusive, algunos autores mencionan que la sola amenaza de la adquisición alcanza como disciplinador de los gerentes y los induce a comportamientos óptimos.
- En segundo lugar, podría ser que la concentración en distribución sea parte de una estrategia más amplia de adquisiciones en la industria eléctrica que incluyan futuros proyectos de integración vertical (no permitidos por la actual legislación)
- En tercer lugar, mayor confiabilidad de la red para disminuir el pago de multas y generación forzada¹⁰ a través del control sobre toda la red de distribución que permitiría una mejor asignación de las inversiones. Asimismo, permitiría un manejo unificado del SACME que es actualmente compartido por las dos distribuidoras.
- Por último, conseguir un buen posicionamiento para afrontar una futura apertura del mercado de comercialización minorista. Actualmente, el mercado está desregulado para aquellos agentes con demanda máxima superior a 30 kw pero es factible una mayor apertura, como viene sucediendo en los sistemas eléctricos de varios países.

Más allá de las consideraciones que pudieron haber justificado, desde el punto de vista de los accionistas, el control conjunto de dos empresas distribuidoras, la agencia de la Competencia tiene que analizar la conveniencia de dicha situación en función de la afectación del interés público. Para ello, se tuvieron en cuenta tres factores: el efecto sobre la competencia actual o potencial, el efecto sobre los precios y el efecto sobre la regulación¹¹. Básicamente, una concentración económica debería ser aprobada si no puede

⁹ El SACME, tal la denominación de la empresa que se encarga de coordinar la red de distribución metropolitana, es manejado en forma conjunta por Edenor y Edesur.

¹⁰ La generación forzada es contratada por la distribuidora, a su propio cargo, para evitar cortes de suministro y las correspondientes multas. En este sentido, la provisión de márgenes de seguridad individuales incrementando la capacidad de generación es muy costosa y este costo puede reducirse combinando fuentes de oferta (en este caso la fusión permitiría un manejo más eficiente).

¹¹ Esta taxonomía es útil para ordenar la discusión pero en la práctica estos efectos están íntimamente relacionados entre sí.

identificarse problema alguno con relación a los tres puntos planteados, y si es consistente con el interés público (FERC, 1996).

En primer lugar, debe dejarse en claro que la estructura actual del mercado de distribución de energía no cambiaría, se trata de una simple sustitución de dos monopolios independientes por una situación en la que ambos se controlan en forma conjunta. Es decir, no habría efectos directos sobre la competencia ya que ésta actualmente no existe. Sin embargo, podría tener efectos sobre el segmento potencialmente competitivo de comercialización minorista a través, por ejemplo, de la creación de barreras a la entrada.

Los precios finales tampoco se verían afectados con la fusión ya que éstos son determinados por la regulación. De cualquier manera, la determinación del precio regulado en las revisiones tarifarias podría ser influido por el comportamiento de las firmas. Aquí es donde el papel de la competencia por comparación se vuelve crucial.

Finalmente, el efecto sobre la regulación estaría relacionado principalmente con el impacto que tendría el control conjunto de empresas reguladas sobre la habilidad de los reguladores para emplear medidas de competencia por comparación en el proceso regulatorio. Hasta el momento la competencia por comparación ha tenido un uso limitado en la Argentina y todavía no está definida la forma en se utilizará esta herramienta para enfrentar la próxima renegociación tarifaria. En efecto, aún no se han definido los indicadores comparativos¹² que tendrá en cuenta el regulador para hacer de la competencia por comparación una seria herramienta de regulación. De esta manera, todavía no es posible estimar los beneficios sociales que proporcionaría el uso de esta herramienta.

En el futuro –cuando los beneficios sociales derivados de la utilización de la competencia por comparación como herramienta regulatoria puedan ser estimados– se podrá evaluar la conveniencia del control conjunto de dos distribuidoras de energía, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

En primer lugar, habría que contrapesar los incrementos de eficiencia resultantes de la concentración, respecto de los beneficios derivados de usar la competencia por comparación como instrumento regulatorio¹³. En términos prácticos, habría que evaluar si el coeficiente de eficiencia a aplicar en la revisión tarifaria (el X de la fórmula), es mayor cuando las dos firmas son controladas en forma conjunta o cuando ambas operan en forma independiente. La magnitud de dicho coeficiente determina la capacidad del regulador para traspasar las ganancias de eficiencia al público. Es posible que el control conjunto de dos empresas implique mayor eficiencia, pero, al mismo tiempo, dificulta la tarea del regulador para conocer la magnitud de dicha ganancia y, por lo tanto, traducirlo en menores tarifas. Contrariamente, el control independiente de las empresas permite la competencia por comparación, mediante la cual el regulador puede más fácilmente asociar las ganancias de productividad a rebajas de tarifas.

En segundo lugar, tomando en cuenta los posibles cambios en la estructura de mercado en el futuro, se debe analizar si el control conjunto de dos empresas distribuidoras puede afectar la competencia en el segmento de comercialización minorista. Es decir, evaluar el potencial poder de mercado que tendría el grupo económico controlante de ambas distribuidoras para imponer barreras a la entrada y afectar los precios, de manera que la sociedad no obtenga la totalidad de los beneficios que aparecerían en caso de una efectiva competencia.

¹² En general, se utilizan medidas de productividad del trabajo y del capital, de productividad total de los factores, indicadores de calidad y especialmente estudios de “frontera de eficiencia”.

¹³ Si hubiera una sola empresa en el área de Buenos Aires resultaría prácticamente imposible encontrar empresas comparables a nivel nacional con las cuales aplicar dicha herramienta regulatoria.

V. Principales argumentos de la Autoridad de Competencia

En esta sección se incluyen dos de los principales argumentos utilizados por la autoridad de competencia para abordar el caso: los efectos sobre la concentración y sobre la competencia en la comercialización. Existe además un tercer argumento, de carácter más técnico, relacionado con la capacidad de la distribuidora para restringir el acceso de terceros a sus redes de distribución, con el objetivo de favorecer empresas afiliadas en el segmento de generación¹⁴.

1. Efectos de la concentración sobre la regulación

Como se mencionó anteriormente, la concentración horizontal de las distribuidoras afectaría una de las principales herramientas regulatorias consideradas al momento de decidir la privatización de la parte de distribución de la ex-Segba en forma separada: la posibilidad de hacer uso del mecanismo de competencia por comparación (CC).

Dicho mecanismo ya ha sido utilizado en diversos sectores regulados de varios países pero todavía no ha sido puesto en práctica en el sector eléctrico argentino, ya que aún no se realizó ningún recálculo tarifario (el primero recién tendrá lugar en el año 2002). La falta de experiencia genera dificultades para estimar los beneficios sociales potenciales derivados del uso de este mecanismo y, por lo tanto contrapesarlos con las potenciales ventajas del control conjunto de distribuidoras eléctricas del Gran Buenos Aires. De todas formas, aún cuando no pueden cuantificarse los beneficios, es posible delinearlos cualitativamente y evaluar así las potenciales ventajas de utilizar la competencia por comparación en la próxima revisión tarifaria.

Parece conveniente, entonces, comentar brevemente de qué se trata esta herramienta regulatoria y cómo se hace uso de la misma.

CC es un instrumento regulatorio que permite comparar los niveles de eficiencia y productividad de empresas similares. Es una herramienta que provee información adicional a los reguladores y les permite fijar precios y establecer requerimientos de mejoras de productividad al momento de la revisión tarifaria.

Básicamente, CC intenta simular las presiones que tendrían lugar en un mercado competitivo y, de esta manera, favorecer a los consumidores con similares beneficios presentes y futuros. Para ello, CC se utiliza dos elementos: primero, precios basados en la totalidad de la industria y no en los costos de la propia empresa; y segundo, la naturaleza empírica del cálculo para la fijación tarifaria, que requiere una buena estimación del crecimiento de la productividad.

En términos generales, los precios regulados deberían cubrir un nivel eficiente de costo operativo, la depreciación de inversiones pasadas y futuras y una tasa de ganancia sobre el capital invertido. La tarea del regulador incluye entonces, la estimación de los costos de la industria, y la determinación de un ingreso, que garantice la rentabilidad del negocio.

Esta tarea trae aparejada dos problemas de información. Por un lado, el regulador sólo será capaz de observar costos informados por las firmas (no el nivel eficiente de los mismos) y por otro lado, los costos reportados podrían no ser los verdaderos, en un contexto donde el monitoreo de las acciones de las empresas reguladas pueden ser muy costoso. La

¹⁴ En la práctica, la autoridad de competencia no llegó a estudiar este punto en profundidad debido a que los otros dos argumentos tuvieron suficiente entidad propia como para dictar un fallo definitivo.

principal ventaja que tiene CC como herramienta regulatoria es que permite extraer dicha información a mucho menor costo.

Un modelo sencillo de CC fue desarrollado por Shleifer (1985), quien describe esta herramienta como la regulación simultánea de firmas similares bajo un esquema donde los ingresos de una firma dependen de sus propias acciones y de las acciones de su empresa "sombra". De allí que una importante limitación potencial de CC es su susceptibilidad a la manipulación colusiva de las firmas participantes y, por esa razón, la autoridad reguladora debe prevenir la aparición de este tipo de comportamiento. El control conjunto de dos distribuidoras parecería aumentar notablemente el riesgo de comportamientos colusivos.

Según Reiter (1999) existen tres aspectos a considerar sobre CC como herramienta regulatoria. Primero, su importancia en cuanto a los beneficios que proporcionaría. Segundo, dado que la utilización de CC implica el bloqueo de fusiones y/o acuerdos comerciales, deben sopesarse los beneficios derivados de la utilización de esta herramienta con los costos, en términos de pérdida de eficiencia, derivados del bloqueo. Tercero, la existencia de indicadores que permitan pensar en CC como una seria herramienta de regulación.

El primero de estos aspectos es de vital importancia para incluir en el análisis costo-beneficio de la concentración, pero sus resultados dependerán en gran medida de la eficacia de la práctica regulatoria y del uso de los indicadores adecuados. El segundo de los aspectos no se relaciona solamente con los beneficios de CC sino con la percepción de las ganancias de eficiencia que se podrían obtener con la concentración. En este sentido, Reiter (1999) sugiere bastantes dudas sobre la extensión de estas ganancias; más aún, afirma que pequeñas empresas de distribución resultan económicamente sostenibles con un grado aceptable de productividad. El tercer aspecto es crucial porque los indicadores de eficiencia son los que posibilitan la efectiva aplicación de la CC¹⁵. Petrecolla et al.-(2002) abordan detalladamente el problema de la interacción entre políticas regulatorias y de defensa de la competencia en relación a la utilización de CC.

a. Práctica regulatoria utilizando competencia por comparación

Burns (1994) menciona que el sistema RPI-X, propuesto en la regulación, supone la estimación del factor de eficiencia X, el cual estará relacionado con el crecimiento de la productividad que se espera de las firmas reguladas. La forma en que se estime el crecimiento de productividad de las firmas reguladas no es inocua: cuanto más se usan datos históricos, más incentivos tiene la firma para tener comportamiento estratégico; pero cuanto más se ponderen los factores exógenos, mayor la inestabilidad de la firma. En la práctica, la regulación por incentivos es una combinación de precios fijos y "cost-plus". El uso de CC como herramienta regulatoria permite, en principio, sortear los problemas que surgen al fijar precios sin tomar en cuenta el pasado. Bajo este esquema, cada monopolista regional del segmento de la distribución de energía, tiene un "price cap" determinado por la industria como un todo (por ejemplo, "price cap" igual al costo medio promedio de la industria). En ausencia de colusión, este esquema supera el riesgo de comportamiento estratégico de las empresas en el cálculo del coeficiente X.

El caso de las distribuidoras eléctricas de Inglaterra y Gales se encuentra bien documentado. Doble y Weyman-Jones (1991) estiman el crecimiento de la productividad de

¹⁵ La existencia de indicadores de eficiencia resulta una condición necesaria para la utilización de CC. Se pueden mencionar dos grupos de indicadores de eficiencia. El primer grupo está integrado por todos los indicadores que surgen de los denominados "estudios de frontera". El objetivo de este grupo de indicadores es estimar justamente la frontera de eficiencia empírica a partir de la comparación de una muestra de una cantidad suficiente de empresas. El segundo grupo engloba los indicadores que surgen de los estudios de "benchmarking" como los de productividad total de los factores y otros similares, que permiten la comparación de una cantidad reducida de empresas.

compañías de distribución entre 1970/71 y 1988/89¹⁶ y Weyman-Jones (1991) estima las diferencias de eficiencia entre las doce Compañías Regionales de Electricidad (“Regional Electricity Companies”) luego de la privatización. Asimismo, el regulador también utilizó una serie de indicadores comparativos de eficiencia de costos y realizó regresiones para determinar cuáles eran las principales variables que afectaban los costos de las empresas bajo análisis.¹⁷

2. Efectos de la concentración sobre la desregulación minorista

Para evaluar la viabilidad de las concentraciones también se deben considerar aquellas situaciones que pueden hacer variar la conformación actual del mercado. En tal sentido, es necesario investigar la posibilidad que en dicho mercado se generen las condiciones para conformar un mercado competitivo. Tal es el caso del mercado en que se desenvuelven las distribuidoras de energía eléctrica, donde parte del negocio no presenta las características de monopolio natural (ni en un sentido aún menos restrictivo de subaditividad de costos). Definitivamente, el análisis del control conjunto de dos distribuidoras debe contemplar explícitamente una potencial desregulación en los segmentos del mercado potencialmente competitivos.

Los efectos de una política de apertura de este tipo se pueden agrupar, en principio, en función de dos aspectos: por un lado aquellos que afectan en forma directa el funcionamiento del sector y, por otro lado, los que inciden sobre los niveles de bienestar de los distintos estratos sociales de la población. Para analizar la conveniencia de introducir competencia, es necesario realizar una evaluación pormenorizada de la relación costo-beneficio de estos dos aspectos.

En el caso británico, este tipo de evaluación se llevó a cabo como paso previo a la introducción de competencia. Sin embargo, como parece lógico en un experimento de este tipo, la evaluación fue sólo parcial y algunas cuestiones no fueron previstas, las cuales debieron ser solucionadas sobre la marcha de los acontecimientos. La introducción de competencia en Argentina deberá dar cuenta de la experiencia británica en este sentido, y prevenir así muchas situaciones problemáticas no previstas por los británicos al momento de su desregulación. Algunas de esas consideraciones tienen que ver con el nivel de concentración en el mercado en que se desempeñan las distribuidoras.

En lo que respecta al funcionamiento del sistema, se pueden mencionar tres efectos de la introducción de competencia:

- los técnicos, que cambian el sistema de despacho, como es el caso de los nuevos sistemas informáticos;
- los económicos, que modifican la formación de precios y en especial la forma de los contratos entre los agentes; y, finalmente,
- los regulatorios derivados de cambios en la conformación de los mercados, como por ejemplo la necesidad de coordinar las regulaciones en Gas y Electricidad.

Uno de los problemas registrados en la experiencia británica está relacionada con la posibilidad de que las firmas entrantes descremen el mercado de comercialización (“cream-skimming”). En efecto, la competencia entre empresas comercializadoras tiende a

¹⁶ En el sistema anglo-galés las empresas distribuidoras ya funcionaban en forma separada antes de la privatización, en 1990.

¹⁷ Esta clase de estudios también comenzó a llevarse a cabo para comparar empresas de servicios públicos reguladas de la Argentina y América Latina (ver Rodríguez Pardina y Rossi, 2000, y Rodríguez Pardina et al., 1999).

focalizarse en la captación de los consumidores más valiosos, ya sean los usuarios importantes o aquellos con mejores antecedentes de pago (por ejemplo, los adheridos al sistema de débito automático). Como consecuencia, los consumidores de menores recursos y de mayor riesgo de morosidad tienden a quedar cautivos de la empresa incumbente (la distribuidora que opera la red en su localidad). Cuanto mayor sea la cantidad de empresas incumbentes (distribuidoras locales independientes), mejor será la distribución de los consumidores menos rentables para el negocio. Por el contrario, cuanto mayor sea el tamaño de las empresas distribuidoras, mayor será la concentración del riesgo de morosidad en las mismas. De más está decir que la concentración del riesgo de morosidad en unas pocas empresas, eleva la tarifa que deberá fijar el regulador para asegurar la viabilidad de dichas firmas, lo cual perjudicaría al total de los consumidores.

El control conjunto de dos empresas distribuidoras, planteado en el mercado de energía eléctrica de la Argentina, pareciera ir en contra de las recomendaciones que se desprenden del caso británico. De hecho, la futura competencia en el segmento de comercialización minorista concentraría a los consumidores con mayor riesgo de morosidad del Area Metropolitana de Buenos Aires, en un único grupo económico.

Por lo tanto, el regulador deberá tener extrema precaución al eliminar los subsidios cruzados entre los consumidores más rentables y aquellos con mayor riesgo de morosidad. De lo contrario, la competencia podría provocar que una porción de los consumidores (en general aquellos de menor nivel socioeconómico) se perjudique por la introducción de competencia en el segmento de comercialización minorista, lo cual sería políticamente inadmisibile (Waddams Price y Hancock, 1998).

Algunos autores sostienen que, para algunos tipos de consumidores, los costos de transacción implícitos en la elección de la compañía comercializadora podrían superar los beneficios. Aun en este caso, deben contemplarse los beneficios indirectos que la reforma proporcionará a los consumidores que no elijan el cambio: las rebajas ofrecidas para captar a aquellos que optan por cambiar de proveedor también les serán aplicadas a los antiguos consumidores de la empresa, dada la imposibilidad de discriminar dentro de cada clasificación tarifaria.

La concentración en el mercado de distribución también podría aparejar inconvenientes al momento de la introducción de competencia. En la introducción de competencia las condiciones iniciales afectan en gran medida el comportamiento posterior de las empresas. En efecto, si la participación en el mercado de las empresas incumbentes es demasiado grande, difícilmente las firmas entrantes puedan romper la llamada "inercia de los consumidores". Adicionalmente, el tamaño de las empresas está muy relacionado con su capacidad de marketing, lo cual requerirá de las empresas entrantes, mayores esfuerzos financieros para lograr competir con las ya instaladas.

Para resolver los problemas que surgen de la regulación del segmento de distribución, Costello (1998) propone un esquema con cuatro componentes básicos: un esquema de incentivos para la regulación de la distribución ("Price-caps"); limitada cantidad de reglas de comportamiento (por ejemplo, prohibición de determinadas prácticas anti-competitivas y requerimientos específicos de información, entre otras); la amenaza regulatoria de reorganización estructural ante la evidencia de comportamiento anti-competitivo (por ejemplo la creación de "murallas chinas"); y la promoción de competencia minorista. Si se promoviera la competencia minorista, este esquema sería similar al que regiría en el área del Gran Buenos Aires.

En resumen, para una completa evaluación del desarrollo de la competencia parece relevante observar, entre otras cuestiones: el número de competidores y las políticas de precios de las empresas, la entrada y salida de proveedores, la existencia de barreras a la

entrada, los niveles de costos, precios y rentabilidad de las compañías, la publicidad y la diferenciación de producto, la evidencia de los efectos de los controles de precios sobre consumidores y empresas, los costos de cambiar de proveedor, y además, la consideración de todos estos factores teniendo cuenta los distintos tipos de consumidores. También sería de utilidad considerar el impacto de la introducción de competencia en el mercado de gas y, en especial, la convergencia entre los mercados de electricidad y gas.

Finalmente, cabe aclarar que, para aprovechar enteramente los beneficios de la desregulación, es altamente recomendable la separación vertical (o al menos contable) de los negocios de distribución y comercialización que actualmente operan las empresas distribuidoras. De esta manera, se separaría la parte regulada (cuidado de cables) de la parte competitiva (comercialización) y facilitaría la tarea del regulador. La separación de los negocios evitaría la posibilidad de que el monopolista extraiga rentas extraordinarias del segmento no competitivo y las aplique a aquella parte del negocio que sí lo es. Esa práctica anticompetitiva –denominada problema del “control vertical”– desplazaría al resto de las empresas comercializadoras del mercado.

a. *Elección de proveedor de electricidad a nivel residencial*

Las dificultades de una reforma de este tipo no son menores, a tal punto que su implementación ha requerido varios años de estudio en diferentes países (ya sea sobre aspectos tecnológicos, legales o económicos). Este tipo de reformas suele requerir importantes esfuerzos y tiempo para todos los integrantes del sistema –organismos reguladores, empresas y organizaciones de consumidores–, quienes participan a través de audiencias, o mediante la utilización de documentos de consulta¹⁸.

Asimismo, para que la apertura a la competencia sea efectiva son necesarios importantes esfuerzos de difusión y adecuación para los consumidores. En efecto, los beneficios de la competencia sólo pueden alcanzarse si los consumidores hacen uso de su derecho de elegir su proveedor de acuerdo a sus gustos y los precios ofrecidos por las empresas. Para ello, la autoridad debe asegurarle al consumidor típico, la información y las herramientas necesarias para que pueda tomar una decisión de consumo en forma sencilla y al menor costo posible.

En los últimos años, un grupo de países ha comenzado a desregular la venta minorista de electricidad. Noruega, Reino Unido, California y Victoria (Australia) son algunos de los más conocidos, e indudablemente sirven como casos de consulta al momento de implementar esta política en otros sistemas¹⁹.

Se identifican tres tipos de beneficios derivados directamente de la introducción de competencia en el sector eléctrico. Primero, la reducción de los costos de la industria, y en consecuencia de los precios finales. Segundo, la caída de los márgenes de rentabilidad de las empresas. Y tercero, una mejora en la calidad del servicio.

¹⁸ La implementación de esta reforma puede ser dividida en varias fases. La primera fase, decisoria, tiene que ver con la decisión de las autoridades de llevar a cabo los cambios. Esta decisión se basa en la valoración de los beneficios sociales que se derivaría de la introducción de competencia, contrapesados con los costos de desarrollo que supondría introducirla y costos operativos que resultarían de la modificación del sistema. La segunda fase, de transición, es la que incluye tanto las reformas técnicas –por ejemplo, nuevos sistemas de operación– como las regulatorias, entre las que se pueden mencionar la separación contable (y hasta incluso legal) de las distribuidoras o el cambio en el criterio de control de precios. La tercera fase, de implementación, consiste en el chequeo de los nuevos cambios y en su aplicación en las distintas regiones. Por último, quedaría una cuarta fase, de evaluación final, que podrá ser llevada a cabo una vez que las empresas y los consumidores asimilen los cambios y se produzca la maduración del nuevo mercado (Romero, 1999).

¹⁹ En Reino Unido, por ejemplo, esta política demandó un gran esfuerzo de organización por parte del regulador y de las empresas distribuidoras, las cuales participaron activamente a través de las consultas lanzadas periódicamente por el OFFER.

En cuanto al impacto sobre los niveles de bienestar, por la reducción de precios, los resultados son beneficiosos para la mayor parte de los consumidores, aunque quedaría por evaluar si la calidad de servicio mantiene, al menos, los niveles previos a la reforma. En principio, la introducción de competencia en el segmento de comercialización no tiene por qué afectar la confiabilidad de la red y debería sólo circunscribirse a la calidad de servicio comercial

VI. Conclusiones

En conclusión, aún cuando no es posible realizar una estimación ex-ante de los beneficios de utilizar regulación por comparación, por falta de experiencia en su utilización en Argentina²⁰, la autoridad de competencia juzgo conveniente no perder esta herramienta²¹. Básicamente, la recomendación estuvo motivada en dos aspectos. Por un lado, el actual tamaño de cada una de las dos empresas en forma independiente permitiría su comparación con mayor cantidad de empresas similares a nivel doméstico, mientras que, al tomar a las dos empresas distribuidoras como un único grupo económico, las posibilidades de comparación se agotan²². Por otro lado, y más importante, la proximidad de la revisión tarifaria sería una oportunidad para evaluar, por primera vez en la Argentina, la utilidad de aplicar competencia por comparación como un sistema de regulación.

En segundo lugar, el control conjunto de dos empresas distribuidoras puede afectar negativamente la competencia en el mercado de generación de energía eléctrica. En efecto, existe la posibilidad de que las distribuidoras en forma conjunta –por ejemplo a través del manejo del SACME– favorezcan el acceso a la red, de aquellas empresas de generación en las cuales tengan alguna participación accionaria. Consecuentemente, se debería analizar minuciosamente las reglas de acceso a la red de distribución que operan las distribuidoras, junto con la forma de cálculo del peaje, para determinar si hay lugar (y en caso positivo en qué medida) para que las empresas puedan manejar estratégicamente el acceso.

Finalmente, la posibilidad de introducción de competencia en el segmento minorista constituye una razón adicional para evitar el control conjunto de estas empresas. Una mayor cantidad de actores al momento de la creación del mercado disminuirá la capacidad de las empresas incumbentes para realizar prácticas anti-competitivas, las cuales no permitirían a la sociedad obtener la totalidad de las ganancias de eficiencia que aparecerían con la competencia. Más aún, en caso de optarse por un mercado competitivo de comercialización minorista, habría incluso que analizar la posibilidad de una separación contable de las actividades de distribución y comercialización, previo a la separación de los negocios de las distribuidoras. En este sentido, se debería tender incluso la separación del manejo de ambos negocios, aunque manteniendo la propiedad (“Chinese Walls”). El objetivo final es la separación física total, que para algunos analistas resulta el único medio seguro para ofrecer igualdad de oportunidades a los vendedores de servicios minoristas.

Finalmente, el ENRE ordenó la venta de las acciones por parte de Endesa. La propiedad de las empresas luego de la transferencia de la propiedad se presenta en la Tabla VI-1.

²⁰ En Reino Unido es habitual su uso en la regulación de empresas de agua y saneamiento y de distribución de electricidad.

²¹ Resolución ENRE N° 480/2000.

²² Estrictamente, se podría utilizar competencia por comparación a nivel internacional para las empresas controladas en forma conjunta. Pero esto profundizaría la dificultad de encontrar empresas similares debido a diferencias regulatorias, tecnológicas, de funcionamiento de mercado, de comportamiento de la demanda, etc.

Tabla VI-1: Participación del grupo Endesa en la distribución de electricidad del área de Buenos Aires

En EDENOR		En EDESUR	
Electricidad Argentina S.A.	51,00%	Distrilec S.A.	53,35%
EDF Internacional	34,12%	Enersis	43,10%
SAUR	4,80%	Programa de Propiedad Participada	0,55%
Programa de Propiedad Participada	10,00%		
En Electricidad Argentina S.A.		En Distrilec S.A.	
EDF Internacional	92,16%	PECOM	51,50%
SAUR	7,84%	Enersis S.A.	48,50%

Fuente: ENRE

En la justificación del fallo, la resolución ENRE le da primordial importancia a la competencia por comparación por sobre los otros argumentos mencionados en este caso. Esto fue así, porque la el impacto sobre esta herramienta regulatoria era el más directo al momento de realizarse el fallo. La revisión tarifaria debería haber tenido lugar a mediados de 2002²³ y ya comenzaba la etapa de estudio previa. Además, no había remedios alternativos a la venta del paquete accionario.

En cambio, la discriminación en el acceso a redes podría ser pasible de la imposición una política de acceso más fuerte que evite este tipo de comportamiento estratégico. Asimismo, la potencial desregulación de la comercialización no tendría un impacto inmediato y el desprendimiento de la participación en alguna de las distribuidoras podría haber tenido lugar en algún momento posterior.

²³ Fue suspendida debido a la crisis política y económica que tuvo lugar en la Argentina.

Referencias:

- Armstrong, M., Cowan, S. and Vickers, J., 1994, *Regulatory Reform, Economic Analysis and British Experience*, (Cambridge: The MIT Press).
- Balzarotti, N., 1999, "Antitrust en el mercado de gas natural", CEER/UADE, Texto de Discusión 10.
- Bondorevsky, D. y C. Romero, 2001, "Fusiones y adquisiciones en el sector eléctrico: Experiencia internacional en el análisis de casos," CEER/UADE, Texto de Discusión 35.
- Burns, P., 1994, "Yardstick Competition in UK Regulatory Processes", CRI Report.
- Burns, P y T. Weyman-Jones, 1996, "Cost Functions and Cost Efficiency in Electricity Distribution: A Stochastic Frontier Approach", *Bulletin of Economic Research* 48, # 1.
- Costello, K. (1998), "Fair competition in Retail Electricity Markets." Working paper, The National Regulatory Research Institute.
- Doble, M. y T. Weyman-Jones, 1991, "Measuring Productive Efficiency in the Area Electricity Boards of England and Wales Using Data Envelopment Analysis: A Dynamic Approach", Public Sector Economics Research Centre Discussion Paper, University of Leicester.
- Federal Energy Regulatory Commission, 1996, "Policy Statement Establishing Factors the Commission Will Consider in Evaluating Whether a Proposed Merger is Consistent with the Public Interest", Docket No. RM96-6-000.
- Greene, W., 1998, "Frontier Production Functions", in M. Pesaran, y P. Smith (Eds.), *Handbook of Applied Econometrics II: Microeconometrics*, (Amsterdam: Elsevier Science Publishers)
- OFFER, 1995, "The Distribution Price Control: Revised Proposals", Julio, (Birmingham: Office of Electricity Regulation).
- OFFER, 1998, "Reviews of Public Electricity Suppliers 1998 to 2000: Price Controls and Competition, Consultation Paper", Julio, (Birmingham: Office of Electricity Regulation).
- Petrecolla, D., D. Bondorevsky, C. Romero y C. Ruzzier, 2002, "Competencia por Comparación en el Sector de Distribución Eléctrica: El papel de la Política de Defensa de la Competencia," CEER/UADE, Texto de Discusión 38.
- Reiter, H., 1999, "Implications of Mergers and Acquisitions in Gas and Electric Markets: The Role of Yardstick Competition in Merger Analysis", *NRRJ Quarterly Bulletin* 20, pg. 193-199
- Romero, C., 2000, "La desregulación de la comercialización minorista en Inglaterra y Gales", CEER/UADE, Texto de Discusión 19.
- Rodríguez-Pardina, M. y M. Rossi, 2000, "Technical Change and Catching-up: The Electricity Distribution Sector in South America", CEER/UADE, Working Paper 11.
- Rodríguez-Pardina, M., M. Rossi y C. Ruzzier, 1999, "Consistency Conditions: Efficiency Measures for the Electricity Distribution Sector in South America", CEER/UADE, Working Paper 5.
- Shleifer, A., 1985, "A theory of yardstick competition", *Rand Journal of Economics* 16, pg 319-327.
- Viscusi, W., J. Vernon y J. Harrington, 1995, *Economics of Regulation and Antitrust*, (Cambridge, MA: The MIT Press).
- Waddams Price, C. y R. Hancock, 1998, "Distributional Effects of Liberalising UK Residential Utility Markets", *Fiscal Studies* 19, pp. 295-319
- Weyman-Jones, T., 1994, "Problems of Yardstick Regulation in Electricity Distribution"

5.4. The Nirvana ideology and its limits in guiding competition policy enforcement.²⁴

Ignacio De León.²⁵

Introduction.

This essay explains the normative role played by economic efficiency under competition policy enforcement, as well as its limitations. This is essential in order to assess how cultural institutions and ideology shape regulatory reform in developing countries, and the practical challenges posited by this phenomenon in the context of the adoption of a pro-market strategy for the promotion of development.

It is generally assumed that the adoption of economic efficiency as a normative standard for policy enforcement represents a victory for free markets over central planning. Thus, compared to redistributive policies, efficient resource allocation places social resources in the hands of those individuals who value them the most; this ensures market functioning to be optimal, provided the absence of transaction costs. Under this view, economic efficiency provides an objective and impartial standpoint from which it is possible to make social welfare-enhancing allocations without risking being “contaminated” by distributive considerations that rather fall within the realm of foggy, discretionary equity values.

This is the prevailing view among those who defend efficiency as a normative standard to be followed by developing countries that aim at improving their economic performance record, enhance their competitiveness and economic growth.

Contrary to this glowing view, this paper contends that the conventional efficiency standard of welfare economics (“normative efficiency”) suffers from serious epistemological deficiencies that undermine its value as a guideline to be used in policymaking. This is particularly so in the case of competition policy, where the pursuit of standard efficiency may even frustrate the very competitive nature of markets which is supposed to be preserved through competition policy.

Specially, this paper contends that normative efficiency (and its correlate concept, the Perfect Competition Model) plays in conventional competition analysis a similar role to that of ideology in social affairs, namely, it lays out a utopian normative standard, which is impossible for entrepreneurs to meet; hence, it only can stand as an ideal devoid of practical sense for policy judgment. As a consequence, the mirage of seeking utopian economic efficiency drives the attention of the policy maker away from the practical policy making questions she ought to be concerned about, namely that of institution building, which is fundamental to developing countries.

²⁴ Presentation delivered Regional Meeting for Latin America and the Caribbean on Competition Policy in the Post-Doha agenda of the World Trade Organization, Sao Paulo, Brazil, April 23-25, 2003.

²⁵ Ph.D. (Lon), M.Phil. (Lon.), LL.M. (Lon), LL.B. (Caracas). Professor of Law and Political Economy, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas; former chief of Venezuela’s Competition Authority, Pro-Competencia, Fellow of the Whitney Harris Institute of Global Law, Washington University, St. Louis.

II. Cultural values and the ideology of the regulator

The examination of the regulator's ideology is useful in order to explore the extent to which policy decisions are influenced by the decision makers' beliefs, values and perceptions about the real world that they must appraise and judge. It may seem somewhat awkward to argue that decision-making is based on ideology; not on science.

Contrary to common belief, however, policy makers are not immune to ideology; on the contrary, they embrace it as part of their ordinary policy enforcement activities. However, this is a fact often dismissed. There seems to be a predisposition against the idea that policy enforcement ultimately rests on ethics, not "hard" science. Those who reject this idea believe that if they concede this fact, that would cast a cloud of suspicion over their activities as regulators which could hamper their effectiveness as government authorities.

Yet, science is not a value-free undertaking, especially in the realm of normative economics, from which competition policy draws much of its inferences and conclusions about economic causation and market behavior, in order to draw policy guidance. Competition policy entails policy choices about how social resource allocation should proceed. There are some who believe that such allocation should be carried out on the grounds of economic efficiency, whereas others think that economic efficiency should be tamed, and allow other goals which for them are also socially valuable, such as market integration, or the protection of smaller competitors. The former view is commonly associated with the kind of policymaking pursued in the United States, whereas the latter is associated with the policy enforcement undertaken in the European Union. In their support, the proponents of efficiency and Consumer Welfare as a goal of competition policy claim that seeking economic efficiency is much more transparent and predictable than other social welfare goals; in addition, they claim that it is not the goal of competition policy to seek social justice; indeed, distributive policies such as taxation or subsidies, more aptly target these concerns.²⁶ Europeans, on their defence, contend that other values are equally important; nevertheless one finds that over the years their policy enforcement has yielded to the efficiency standard. All in all, there seems to be increasing consensus towards accepting economic efficiency as the goal that should rule competition enforcement endeavors.

To be sure, competition policy should avoid getting involved in distributive justice it is wants to remain "transparent". However, it is unclear whether economic efficiency (much less "distributive" criteria such as equity) supplies policymakers with a clearer standard to follow, or that it enables decision making to be more predictable or transparent compared to any other criterion. In fact, a closer look reveals that the strict enforcement of the Pareto efficiency standard would undermine the rule of law, and could become potentially a bogus to achieving market competition.

Moreover, I would like to visualize an alternative perspective of competition policy enforcement, which in fact may be much more conducive for the creation of a pro-market business environment and playing level field rules of behaviour in developing and transition countries. In the end, this is what it counts. This view, in fact, is increasingly becoming part of the current competition enforcement activities that are taking place in many developing countries, especially in Latin America.

Let me explain why I believe that social welfare goals like economic efficiency might undermine rather than promote competition in the marketplace.

²⁶ Notably, Robert Bork has emphasized this point. See R. Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, Basic Books Publisher, New York, 1978.

III. The Nirvana mindset and social policymaking

The lure of economic efficiency is ultimately rooted in the quest of policymakers for achieving a utopian standard of social welfare through targeted intervention. This stems from the assumption that policymakers can attain a full picture of the underlying factors that comprise social reality, and regulate it over to attaining social welfare. However, in order to achieve this, policy makers should meet two conditions: first, they must possess adequate analytical tools in order to understand and appraise reality properly; usually, they refer to market “models” which enable them to capture the essence of market forces. Therefore, it is necessary to explore more in detail the nature of these models, what do they exactly mean, and, of course, what are their epistemological flaws, in order to see why policymakers’ picture of reality is often dimmed.

A second condition for attaining social welfare, of course, is for policymakers to identify what exactly does optimality entails in terms of the costs which the social system (i.e. governments and entrepreneurs) must bear in order to reach this ideal point. Indeed, it is dubious that social welfare can be attained if the costs of achieving it largely exceed those benefits accruing from the Nirvana. Yet, policy makers often take for granted the costless nature of such an exercise. This flows from the belief that the goal of social policymaking is to recreate a world without costs.

These two premises are deeply ingrained in the mind of policymakers. They stem from the Cartesian assumption whereby reality is an objective self, located outside the individual mind, which we can fully appraise and understand²⁷ thereby leading social policymaking into a “pretence of knowledge” where “optimality”, “social welfare” and other synonymous expressions of “social perfection” appear accessible, hence become a moral imperative on the shoulders of policymakers.

Such Nirvana mindset equates to the attainment of “perfect justice”. As a goal of policy making, perfect justice demands rooting out error in every individual case, regardless of the costs involved in order to make this possible.²⁸ Similarly, Thomas Sowell refers to “cosmic justice”, as that justice which is cost-free, and that takes into account the particular individual welfare position of each individual in society in order to level its condition to that of the rest. Thus, Sowell criticizes this endeavour, on the grounds that it is impossible to devise an ideal standard of equality that would satisfy the individual condition of everyone alike, given the costs involved in such efforts. Thus, “with justice, as with equality, the question is not whether more is better, but whether it is better at all costs.”²⁹

In Sowell’s view, “those pursuing the quest for cosmic justice have tended to assume that the consequences would be what they intended –which is to say, that the people subject to government policies would be like pieces on a chessboard, who could be moved here and there to carry out a grand design, without concern for their own responses.”³⁰

In the realm of economic science and competition policymaking similar concerns arise. Those who support economic efficiency and Consumer Welfare ground their views on the Pareto efficiency as a guiding policy standard; the normative reference stems from the assumption that markets resembling the Perfect Competition model are “optimal” and enhance social welfare. Using such substitute standard, as the “Workable Competition,”

²⁷ F.A.Hayek, Law, Legislation and Liberty, Vol. 1, University of Chicago Press, Chicago, 1973.

²⁸ R. Epstein, Simple Rules for a Complex World, Harvard University Press, Cambridge, 1995, p. 38.

²⁹ T. Sowell, The Quest for Cosmic Justice, The Free Press, New York, 1999, p. 27.

³⁰ Id. at 40.

follows the same logic, namely, that somewhere in our minds we can devise models enabling us to see how things would be different if we not lived in a world full of market failures.

The conventional learning of competition policy tells us that market failure is responsible for the sub-optimal allocation of resources. Monopolistic behaviour runs markets into such failures, as it creates special conditions within which information asymmetries are exploited to the advantage of alleged monopolists. As a result, market performance will be driven away from the optimal conditions laid down by the Perfect Competition model, where production is undifferentiated, information flows freely, and firms are price takers, rather than price manipulators.

Therefore, the gist of this view is the comparison between the mental or idealized model of perfection on the one hand and reality on the other hand, which we perceive through our senses. This is a faulty intellectual exercise because comparing reality with such ideal standards leaves aside from the analysis two kinds of costs that are also part of reality, which for obvious reasons regulators must take into account: The first one is the cost of acquiring that information which optimal regulation requires in order to achieving optimality. Harold Demsetz referred to this as the "Nirvana Fallacy", namely the intellectual error of considering that we can attain perfection and leaving aside how hard is for the authority to obtain the necessary information to make this happen. Evidently, the tendency of anyone falling within this intellectual error is "to consider his neighbour's garden always greener," as Demsetz himself put it. Thus, compared to Nirvana, reality always appears full of "market failures".

In second place, comparing reality with the Nirvana also leaves aside the costs that members of society have to bear upon themselves in order to invest on productive actions. These actions would never take place (and therefore, could not be considered part of the regulatory analysis) in isolation, but they only occur once investors have internalized their costs.

This is a fact of the real world that regulators simply cannot afford to ignore. Consider the following example. Imagine, if you will, that we visit a children's swim club and ask the kids if they're willing to make the sacrifices necessary to become Olympic champion swimmers. We'd probably get many positive responses, despite the fact that perhaps only one in ten thousand young swimmers really is willing to pay the costs of becoming an Olympian. Efficiency analysis implies that we'd be better off if we just asked the swimmers what they would sacrifice to make the Olympics, and then appointed those who bid the highest to the Olympic team. In the opinion of those who promote this way of thinking, this intellectual exercise would certainly save all the time it takes to do costly training. Thus, reality "fails" because many individual swimmers do spend time in training in spite that most of them fail to make it to the Olympics.

In the world of business, such comparison between ideal standards of perfection and the business world leaves the regulator with the pervasive impression that any business behaviour is suspicious of restricting competition, for entrepreneurs enter into costs and limit their own possibilities of action, in order to achieve certain degree of certainty with which to pursue productive investments. From the viewpoint of the efficiency, these limitations in rivalry somehow represent a departure from the perfection of the Perfect Competition Model. It is not examined whether the limitations imposed are in fact necessary for entrepreneurs to seize a business opportunity which, in order to happen, must necessarily displace other competitors in the market. The very purpose of competition entails the success of some alert entrepreneur in "getting there first," before other competitors do; this does not necessarily mean that our entrepreneur has got these at the expense of another. The conclusion does not necessarily follow such a premise.

Therefore, applying the Perfect Competition model as a normative standard is at odds with the purpose that allegedly it should serve to policy makers. In other words, instead of promoting entrepreneurial alertness in order to improve competition, it tells regulators that competition is less likely to happen the further we identify the examined market is from the idealized “perfection” of Perfect Competition.

In criticizing the use of the Perfect Competition model (or similar surrogates, such as the Workable Competition model) as a normative standard, Professor George Richardson, from Oxford University, emphasized that such model is meaningless as a normative reference, because in such analysis the economist cannot simply do away with the economic organization which is necessary for economic actors to compete in the marketplace and outdo other businesses, which is the very goal that a competition policy should have in sight. Thus, in 1960 he published a book entitled “Information and Investment”³¹ in which he highlights the inadequacy of the Perfect Competition model for appraising reality, since the viewpoint it adopts is one of equilibrium, whereas reality is, in a permanent process of change and evolution or, to quote Professor Schumpeter, in a state of “creative destruction.”

Richardson’s critique is, in fact subtler than what appears at the surface. The very assumptions that could otherwise make the Perfect Competition model useful for policymaking purposes, namely, that information in the system so modelled does get passed on throughout all economic agents, thereby making possible equilibrium at all and bringing about perfectly competitive markets. Not only these conditions are absent in the real world but even more importantly, *the model itself denies them*. For there is no other way of explaining how –real- social systems achieve equilibrium but by postulating that the information of the system is already known by economic agents *before* it has in fact passed on to them.

Richardson says so, because being at equilibrium, the model assumes that information has already passed on to individuals who then will rest in their actions; yet, in order for this to happen, individuals coordinate their actions, construe routines, create rules, which enable information to be codified and understood by all. Thus, contrary to what the Perfect Competition model assumes, coordination, rule creation and standardization of market behaviour drives the market away from the world predicated in the Perfect Competition model, where individuals act independently from the rest. It is a paradox that, in order to attain equilibrium, individuals must coordinate their actions, but the very coordination leads real markets away from the world of Perfect Competition, where Industrial Organization is virtually non-existent. Thus, in the words of Richardson: “there is no reason to expect that the hypothetical market conditions which define perfect competition would in fact ensure that production would be carried on by the most efficient means, for there is no reason to believe that the supposed equilibrium position would ever be reached. The link between market structure and the scale of investments is to be sought more in the particular modes of adjustment, than in the supposed equilibrium situations, with which the structure can be associated. Here, as elsewhere, much that is of importance has been denied adequate analysis as a result of the tyranny which the equilibrium concept has exercised over modern economic theory”.³²

Economic organization, business arrangements, coordination and cooperation among businesses are essential for information to flow across economic agents. But at the same time, such arrangements make reality depart from the equilibrium. This is a critique that equally applies to those models of “imperfect competition” which appraise reality from an

³¹ G. B. Richardson, Information and Investment, Oxford University Press, London, 1960.

³² Richardson, Information..., p. 89.

equilibrium perspective; that is, by assuming that the information which is necessary to attain the optimal point is readily available to those individuals who play into the model's equation. Therefore, it also undermines the efficacy of the Workable Competition model and the Pure Monopoly model, as normative references to be enforced upon reality.

However, the Perfect Competition Model **“undoubtedly stood, for many people, as an ideal or model form of organization –strictly speaking only a logical as opposed to an ethical ideal, although this distinction was not always sharply made. It does not seem to have been recognized that the fact that 'imperfections', in some forms and degree of strength, are clearly an obstacle to adjustment, does not entitle one to conclude that it would be best if (market) 'imperfections' were absent altogether. Yet the pedagogic convenience of perfect competition, and its suitability as a base for extensive formal and mathematical elaboration, gave the system a central place in theoretical discussion”**.³³

In sum, evaluating market functioning with the standard of ideal perfection entailed by the Perfect Competition standard is not only naïve, -as it assumes that such information necessary to attain perfection will be readily possessed by the government authority. It is also deceitful, as it will tell the regulator very little about the true nature of the behaviour that he is faced with. The truth is that we do not live in a world of perfection, but one in which individuals must bear costs in order to achieve goals. Assuming that reality would be different if we had angels instead of human beings, does not really contribute much to the real task which the competition authority must do, namely, promoting market exchanges. Comparing with perfection only leads to misjudge the important role played by economic organization in conveying knowledge to market participants, since it makes such organization to look as devious attempts to manipulate markets away from Perfect Competition.

Schumpeter warned us about this normative spin in the regulators' mind. He said:

“...The problem that is usually being visualized (by regulators) is how capitalism administers existing structures, whereas the relevant problem is how it creates and destroys them. As long as this is not recognized, the investigator does a meaningless job. As soon as it is recognized, his outlook on capitalist practice and its social results changes considerably.”(our emphasis)³⁴

³³ Richardson, Information ..., at 39. Klein emphasises the importance of the perfect competition model for antitrust purposes as follows: “(...) of all the various analytical toolkits that constitute contemporary political economy, perhaps the most important model for the economist is the model of perfect competition”. B. Klein, “The Use of Economics in Anti-trust Litigation: Realistic Models of the Competitive Process” in The Law and Economics of Competition Policy, F. Mathewson et al. (eds.) (Vancouver: The Fraser Institute, 1990), p. 420. Also, Clark argues: “The conception of ‘perfect competition’ has itself for the first time received really specific definition and elaboration. With this has come the realisation that ‘perfect competition’ does not and cannot exist and has presumably never existed (...) *What we have left is an unreal or ideal standard which may serve as a starting point of analysis and a norm with which to compare actual competitive conditions. It has also served as a standard by which to judge them*”. (Author's italics) (J. M. Clark, “Toward a Concept of Workable Competition”, 30 The American Economic Review, [June 1940]: 241). Finally, Hayek indicated with regard to the perfect competition model that: “This ideal case (...) came to be regarded as the model and was used as a standard by which the achievement of competition in the real world was judged”. (F. A. Hayek, Law, Legislation and Liberty: The Political Order of a Free People, Vol 3 (Chicago: The University of Chicago Press, 1976), p. 66.) A recent analysis on the use of perfect competition as a normative yardstick is found in J. Burton, “Competition over Competition Analysis: A guide to some Contemporary Economics Disputes”, in Frontiers of Competition Law (Birmingham: Institute of European Law, 1994.)

³⁴ J. Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy, Harper & Row Publishers, New York, [1942] 1950, p. 84.

To put it more simply, the Nirvana mindset is epistemologically flawed, since induces the analyst to focus her attention on irrelevant equilibrium problems of resource allocation, which are futile for understanding how markets actually evolve endogenously.

IV. Practical consequences of the Nirvana mindset of competition policy regulators

This section outlines some of the implications of the conventional ideology embodied by the model of Perfect Competition on competition policy enforcement.

First, from the viewpoint of legal enforcement, comparing frail human beings to the optimal standard of perfection, leads policy makers to develop ambiguous and hesitant enforcement, thereby sacrificing the rule of law and market transparency. Any level of cooperation between actors, will be regarded with suspicion, unless it is justified under a reason of economic efficiency, but we have seen that such efficiency rests only in the mind of whoever enforces the policy, and therefore, anyone else -i.e., prosecuted businesses- have no way of predicting whether their particular arrangements will match the standard of efficiency devised in the regulator's mind.

The distinction between "per se" and "rule of reason" behaviour will not help much to distinguish right from wrong, because this is only a legal, not an economic distinction, which merely purports to spare the competition agency the costs of examining cases which, from the viewpoint of competition authorities appear "obvious," such as horizontal price fixing, which is then regarded as "per se" prohibited. It can be easily seen that this is simply another way of saying that "per se" prohibited behaviour will always be prohibited because it is already regarded as a conduct that cannot ever be allowed. In other words, it is a tautology, which doesn't say much –as any other tautology- about *under what factual circumstances* should the authority tolerate or allow restrictive behaviour on the basis of efficiency.

The truth is that given that the standard of economic efficiency is ultimately found in the ethical preference of the regulator, his judgment cannot be subject to any rule of precedent. What he finds today as efficient may well be found tomorrow as inefficient. Predictably, his own inability to make meaningful judgments on the basis of efficiency induces him to look on other factors telling him what is right and what is wrong. Naturally, his natural tendency will be to lean on his own perception according to which industrial high concentration is suspicious and should raise concerns to competition authorities.

In this connection, the Nobel Laureate from the University of Chicago, George Stigler observed that "definitions do not yield any knowledge about the real world, *but they do influence impressions of the world*. If only markets with a vast number of traders are perfectly competitive, and if markets with few traders are called oligopolistic (literally, "few sellers"), that suggests that these latter markets are not competitive, as well as not perfectly competitive. [Consequently] the suspicion of small numbers was gradually reinforced by the antitrust cases"³⁵

Therefore, it is not surprising that the perception of illegality has changed so dramatically in the jurisprudence of the United States and the European competition policy enforcement, if one examines contemporary trends from those prevailing at the moment the policy was inserted. Conducts regarded in the past as "per se" illegal, today are regarded under the rule of reason; conducts that were prosecuted in the past are tolerated today. Consider the evolution of policy making in the field of resale price maintenance, monopolization, mergers and acquisitions. In all these the change in the jurisprudence has been notorious.

³⁵ G. Stigler, Memoirs of an Unregulated Economist, Basic Books Inc., Publishers, New York, 1988, p. 94.

Of course, I am not trying to convey to you an image of havoc and total disarray. All in all, antitrust enforcement has been more or less stable over the years; but I believe that the relative stability of competition law enforcement over long periods of time is due to the positive effect of other institutional factors which we also need to examine in addition to the personal ideology of the enforcer, namely, the organizational arrangements within which the policy takes place, and the cultural setting in which the policy is enforced. I have already referred to the former, and will in the next section refer to the latter.

However, before I do so, let me just say that it is the stability of the rule of law surrounding the organizational structure of competition policy enforcement in developed countries which has prevented competition enforcement from falling out of bounds. By contrast, such institutional stability cannot be taken for granted in many transition and developing economies. It is for this reason that it is so important to deal with this second question too.

In this connection, the very transition from plan to market introduces a great deal of uncertainty among economic agents, which is absent from the jurisdictions of developed countries. This is a consideration which is often overlooked, specially by those who recommend the adoption of traditional competition policy enforcement in developing countries; yet, it shows the importance of tying competition enforcement analysis to the institutional framework within which it is inserted. This uncertainty on policy enforcement adds to the already uncertain business environment that prevails on developing countries, which could be quite chilling on investments and economic development.

A second consequence of focusing policy attention on achieving social welfare goals such as efficient "resource allocation" is that such exercise neglects the role of "resource creation" through innovation. Clearly, this focus leaves aside another essential goal for developing countries, namely, promoting innovation, resourcefulness, entrepreneurship and competitiveness.

The reason for this insensitivity stems from the static or equilibrium view of competition introduced by the model, which by definition neglects the role of innovation and creative entrepreneurship in driving efficiency what economists refer as "the production frontier." Conventional models have attempted to address this limitation by introducing some dynamics into model building. Unfortunately, these models still are unable to grasp the evolutionary changing nature of market systems, and the role played by innovation in introducing new knowledge into the market. Even under this analysis, antitrust policy still upholds its structural bias inherited from the old days of the Sherman Act, when industrial firms dominated the landscape of the economy. Today, however, in the light of fast innovation in the high-tech industries, such definitions appear somewhat constraining to the policy maker. Consider the elements of market analysis examined under competition analysis in order to determine a firm's dominance or possession of market power. Under such analysis product substitution is strictly referred to competing products that already are in the market; yet, as the IBM case shows, the pace of innovation in some industries is such that new competing products may well emerge into the market before legal proceedings are over.

It is not surprising that all comparisons to the equilibrium state of Perfect Competition are doomed to fail in explaining reality, which is constantly evolving. The intellectual error of those believing in such comparison lies in the fact that markets cannot be compared to equilibrium positions such as the Perfect Competition model (or, at the other extreme, the Pure Monopoly model) simply because markets are, to put in Schumpeterian terms, under a constant process of "creative destruction," of evolutionary change. In his words:

“The essential point to grasp is that in dealing with capitalism we are dealing with an evolutionary process.”³⁶

Finally, a third implication of the epistemological spin of the conventional approach on market competition as a “perfect” (or imperfect, as the case may be) state of affairs, not an ongoing process of entrepreneurial discovery, is that it forces the analyst to focus his attention on the assumed welfare implications arising out of the particular conditions prevailing in the marketplace at that moment in which the analysis is made.

Thereby, all concern about the role of institutions is virtually excluded from the analysis. This is no casual, as the focus of regulators is on allocating resources using equilibrium models, which, again, takes for granted the role of those institutions that make market exchanges possible at all. Therefore, their attention is not on the institutional conditions that make markets, but on comparing isolated points of such move against the optimal standard of the Perfect Competition model.

Consequently, no attention is placed on the institutional conditions enabling or frustrating the ongoing market process to carry out its “destructively creative” advancement towards innovation and economic progress. Economic analysis stops short at the point of comparing optimal (i.e. ideal) states of equilibrium with those of “real” markets.

In order words, no meaningful research is aimed at answering the vexing institutional questions that are important for development, such as: what are the springs of economic development? How do entrepreneurs strive for outdoing their rivals?

In conclusion, the ideology element of competition policy is responsible for leading to alternative views of policy enforcement, that is, either emphasizing the pursuit of efficient market outcomes, or strengthening the institutions that enable the market process to become viable.

In sum, it is important to highlight the role played by the cultural setting of the society in which competition policy is to be enforced. Culture plays a fundamental role in policymaking design that ought to complement, not distort, competition policy enforcement. For this reason, it is so important to check the institutional development of the society concerned, to see to what extent potential restrictions on competition may accrue in the form of policies, which are not simply tolerated but actively promoted by the government himself. This level reveals how important is for transition and developing countries to deal with such government restrictions.

V. Towards an alternative institutional competition policy making for developing and transition countries

In order to overcome the heuristic limitations of conventional competition policy making, and design competition policy in a way that it is conducive to challenging the anticompetitive culture prevailing hitherto, let me try to put forward an alternative conceptual framework for the design of competition policy in a way that is meaningful for developing countries. This alternative view may well be summarized as follows: “If the world is at permanent

³⁶ Schumpeter, p. 82. More specifically he states: “Capitalism, then, is by nature a form or method of economic change and not only never is but never can be stationary. And this evolutionary character of the capitalist process is not merely due to the fact that economic life goes on in a social and natural environment which changes and by its change alters the data of economic action. (...) The fundamental impulse that sets and keeps the capitalist engine in motion comes from the new consumer goods, the new methods of production or transportation, the new markets, the new forms of industrial organization that capitalist enterprises create.” (pp. 82-83)

disequilibrium, why should we worry about attaining equilibrium? Let's worry about the process of change and disequilibrium." How would this view be incorporated into public policy? What would be the implications of this perspective in the process of enforcing competition policy?

As mentioned above, during transition, the most pressing problem for these countries is the lack of a clear rule of law. This creates undermines the expectations of economic actors, thereby raising transaction costs. Competition policy should address these questions right upfront. A proper policy agenda should therefore avoid creating further distorting factors that could undermine the rule of law even more. As I stated earlier, it is very difficult to achieve this through enforcement based on Pareto efficiency, or indeed, other social welfare goals, as they ultimately reflect the preferences of those in charge of the policy, which could easily differ and cause the erosion of what another Nobel Laureate, Friedrich Hayek referred to as "market legitimate expectations."

How could competition authorities reinforce the rule of law in market exchanges?

I believe the answer lies in the development of a clear agenda aimed at addressing both government and business created anticompetitive restrictions. Concerning government restrictions, I would advise to give the competition agency powers to undertake active regulatory reform. This is currently referred to as "competition advocacy." Such initiative would seek to dismantle government rules through deregulation, in support of privatization and trade liberalization.

The competition advocacy role, however, would entail more than simply advising governments on how to deregulate the economy in a way of promoting competition. It stands as a tool enabling society to protect their rights before the courts, against government encroachment on economic freedom.

Some guidelines could help in this task:

- Simplify administrative rules in order to create a "level playing field" and eliminate unnecessary costs of red tape compliance.
- Rules should be flexible to adapt to market change: Freedom of contract is possibly the most important flexible rule enabling market adaptation.
- Regulatory reform should draw general principles of fair conduct from past experience; thus, given the limitations to devise "optimal" states of social welfare, policymakers have no other recourse but to rely on the past experience of market participants, in order to draw rules of fairness. Similarly, policymakers should identify voluntary and effective industry standards.
- Introduce effective dispute settlement mechanisms to encourage parties themselves to assign their rights through negotiation.

In addition to these guidelines, competition authorities should also develop some policy priorities regarding the assessment of business behaviour. On the basis of previous comments, these could be as follows:

- In the area of horizontal restraints, be particularly concerned with cartels created by government fiat, through regulations or legislation. Liberal professions are a good example of this.
- Vertical restraints should be tolerated unless the claimant, proving the anticompetitive effect, provides specific evidence that impedes trade. In principle, long-term contracts are indicia of such intention, provided they are exercised in areas where import competition cannot counteract these restrictive effects.

- Unilateral dominant behaviour should be reviewed in cases where network access to smaller firms is exercised; especially where evidence shows a connection between the dominant firm denying access and the victim's downstream or upstream competitor. In general, the notion of "fairness" is to be found in the past experience of the industry concerned; or similar ones.
- Mergers and acquisitions should in general be tolerated, especially if import competition remains open. In the case of the services industry, foreign competition should be ensured through the elimination of licensing and special permits.

VI. Conclusions

Exploring the role of culture on competition policy development immediately raises important issues on law and economics, which scholars are far from having settled. Given its broader perspective, institutional analysis overcomes the constraints of logical positivism that inspires much of the conventional economic and legal theory. Such reliance has driven policy makers away from a fuller understanding on the issues which explain the fundamental role played by institutions, thereby departing from a richer appraisal of social reality.

Institutions embody individual values and beliefs collectively shared. But where do these values come from? How do they acquire shape? And perhaps more importantly, what role do they play on policymaking design and implementation? These are all questions suggesting that, far from being a science, policymaking is closer to art. Hence, it cannot do without all the surrounding institutional circumstances conditioning businesses' behaviour.

It is important, for this reason, to acknowledge that:

- 1) Competition policy, like any human endeavour, is grounded on ideology and normative values, not on hard science. This is not necessarily a disadvantage, provided society is fully aware of the nature of the ethical debate entertained by competition policy authorities. In this way, the necessary institutional constraints will be placed in order to prevent competition policy from becoming unbridled or uncontrolled. Indeed, such constraints are essential to reinforcing the rule of law, predictability of the policy and transparency of market rules.
- 2) The fact that normative standards are ultimately ethical does not necessarily qualifies the conclusions that anyone can genuinely draw from the mere understanding of market dynamics. For this reason, rather than judging entrepreneurial behaviour from a normative standpoint which is impossible to attain anyway, competition policy authorities should concentrate on making surrounding institutions more transparent and open to entrepreneurs, doing away with contrived social welfare imaginary constructions, and looking past business experience in closer inspection, so to draw tentative guidelines about the best possible way to promote market exchanges to the best of its potential.
- 3) Competition authorities should, therefore, avoid falling into the intellectual trap of endorsing contrived social welfare standards essentially contradictory with market competition. Developing and transition countries should be particularly careful not to forget that the ultimate goal of competition has to be connected to the development of competitiveness, innovation and economic development.

- 4) Also, culture is also a fundamental factor that policymakers must take into account at the time of competition policy's inception. The development of a central planning tradition perpetuates ways of conceiving policymaking that may run against the logic of introducing markets, thereby making the initial work of competition authorities particularly cumbersome. It is necessary to give them the right tools to devise alternative policy solutions to government interference on the markets.

These fundamental reasons suggest that the policy agenda of competition authorities should address regulatory reform and exercise strong "competition advocacy," thereby challenging government regulations and rules that inhibit innovation and business development.

Of course, it is essential that professional, independent, and highly motivated officials enforce competition policy. Also, proper rules should be instated in order to ensure that their decisions are balanced, carefully drafted, quickly enforced, and above all, always controlled by a well-trained judiciary. But none of these will necessarily ensure that competition enforcement is addressed where the real problems are. In fact they could create new problems if they are not properly checked.

5.5. EL DESARROLLO DE LA COMPETENCIA EN CUBA Y SU PAPEL EN EL INCREMENTO DE LA EFICIENCIA EMPRESARIAL.

Ivonne Rodríguez

Subdirectora de Perfeccionamiento Empresarial
Ministerio de Economía y Planificación

Cuba

La competencia es un mecanismo que se ha ido incorporando a la economía cubana a partir de las transformaciones económicas emprendidas en la década de los noventa del pasado siglo. Junto con el derrumbe del campo socialista y la desintegración de la URSS comenzamos a reestructurar nuestra economía, siendo los cambios en el sector externo los primeros en llevarse a la práctica por la fuerte influencia del comercio exterior y las relaciones externas sobre el proceso de reproducción de la economía cubana y la urgencia de nuevos vínculos económicos, dado el enorme vacío creado por la desaparición del campo socialista.

Hasta 1993, los cambios organizativos y normativos relevantes se relacionaron con los aspectos exteriores de la economía cubana. A partir de ese momento, las medidas de orientación mercantil comenzaron a rebasar el ámbito del mercado exterior y se dirigieron hacia la ampliación del mercado interno.

Los cambios en la planificación centralizada por el método de balances materiales hacia una planificación financiera, la desmonopolización del comercio exterior, la aparición de nuevos agentes y formas de propiedad, la eliminación al máximo de los subsidios por pérdidas, procesos de redimensionamiento empresarial y reconversión industrial, la transferencia de tierras de grandes empresas estatales a Cooperativas y campesinos individuales, la autorización del trabajo por cuenta propia, así como la descentralización de los precios mayoristas, constituyen transformaciones económicas emprendidas que generaron la aparición de mercados y de un ambiente competitivo en el sistema empresarial cubano.

Desde una perspectiva externa, para alcanzar la inserción en la economía mundial se instituyó la apertura progresiva al capital extranjero debido a la necesidad de obtener capital, tecnología de punta y mercado. De igual modo, se realizó una reorientación hacia nuevos socios comerciales.

La creación de empresas mixtas formadas por capital cubano y capital extranjero, así como la creación de más 266 sociedades mercantiles dieron lugar al fortalecimiento de la competencia interna entre empresas públicas, mixtas y jurídicamente privadas.

Todos estos cambios determinaron la necesidad de adoptar otra lógica de funcionamiento en las empresas estatales dado el papel decisivo de las mismas en nuestro contexto económico, debido a la preponderancia de la propiedad social, teniendo en cuenta como principio rector el autofinanciamiento, debiendo las empresas cubrir sus gastos con sus ingresos y generar además un margen de utilidades.

Además de las transformaciones enumeradas anteriormente, con el objetivo de incrementar la competitividad de nuestras empresas, fundamentalmente en el mercado internacional, se adoptaron otros cambios en el sistema de gestión empresarial que motivaron el interés de

los colectivos de dirección y de los trabajadores en el incremento de las ventas, la calidad, la exportación y de las utilidades, siendo los principales:

- Las empresas que producen para la exportación vinculan una parte del ingreso de los trabajadores al resultado final de las mismas, e incluso una parte se paga en divisas directamente, estando condicionado al cumplimiento de los planes de ingresos y al cumplimiento de las utilidades.
- Lo anterior trae aparejado que la parte correspondiente al salario móvil, entendiéndose éste como la vinculación del salario a los resultados, depende del cumplimiento de estos indicadores y en consecuencia, tanto la Dirección de las empresas como todos los trabajadores se estimulan a trabajar con mayor eficiencia, aumentar la calidad, disminuir los costos.
- Este cambio de gestión comenzó por la producción de tabaco, incluyendo los productores agrícolas y los industriales; la producción del níquel y el resto de las industrias con una marcada vinculación a la exportación.
- En el sector de la pesca cuyo destino final de su producción es fundamentalmente la exportación, se establecieron sistemas de gestión que en la práctica consisten en arrendarle las embarcaciones a los trabajadores, venderle los insumos principales y posteriormente éstos les venden sus productos a las empresas comercializadoras, quienes las exportan.

En este contexto se comenzó a trabajar hace más de cinco años en la definición de los objetos sociales de las empresas, tratando de dejar claro las actividades a las cuales puede dedicarse en la constitución de las mismas, tal como se procede en cualquier país del mundo cuando se define la razón social de una empresa en el momento de constituirse.

Con el fin de lograr la utilización de las capacidades temporalmente ociosas se autorizan lo que hemos denominado actividades a terceros en el objeto social de las empresas, que consiste en la producción o prestación de servicios en actividades complementarias que pueden realizar las mismas, lo cual le facilita por una parte, el incremento de ingresos marginales con la correspondiente absorción de costos fijos, y por otra parte el incremento de la oferta de estas producciones y servicios en el mercado interno.

Muchas de estas actividades comenzaban a desarrollarse en las empresas, como producciones adicionales a otras que ya existían y por lo tanto también se empezó a desarrollar la competencia entre empresas nacionales con producciones y servicios similares, con lo cual inmediatamente se empezó a lograr una disminución de los precios y un aumento de la calidad de sus ofertas.

Como parte de las medidas económicas discutidas en los parlamentos obreros se decidió la eliminación al máximo de los subsidios por pérdida de las principales empresas estatales, lo que unido a un proceso de redimensionamiento y reconversión industrial las obligaba a buscar opciones de producciones a partir de las capacidades instaladas, aún cuando estos productos no hubieran estado contemplados en los que ellos producían inicialmente.

A continuación se muestra una tabla donde se expresan las principales actividades de servicios a terceros (a cargo de las empresas) que se han autorizado y donde de hecho se ha ido organizando la competencia:

Actividad	Cantidad de Empresas
<i>Transporte</i>	716
<i>Talleres</i>	466
<i>Alojamiento no turístico</i>	323
<i>Alquiler de locales y almacenes</i>	342
Alquiler de equipos	442
<i>Mantenimiento y construcción</i>	284
<i>Otras actividades</i>	597

Un ejemplo de lo que significan estas transformaciones lo podemos ver en el sector del transporte, el cual estuvo totalmente deprimido a principios de los '90 y como consecuencia, las empresas comenzaron a adquirir sus propios medios de transporte, con un incremento de la subutilización de la capacidad instalada a escala social.

Se comenzó a trabajar en la reorganización del mercado interno del transporte de cargas, fundamentalmente de carga por camiones, creándose agencias de cargas en todo el territorio nacional cuya función fundamental es la facilitación de las actividades y la coordinación entre los propietarios de camiones y poseedores de cargas. Se decidió además la aplicación de tarifas máximas, pudiendo los transportistas facturar tarifas inferiores a éstas en función de su eficiencia, estableciéndose por ende un entorno competitivo en dicha actividad.

Estos cambios en favor de permitir un mayor grado de decisión a nivel empresarial, junto con la creación de un ambiente competitivo, aunque todavía imperfectos por abarcar solamente la divisa y existir una serie de limitaciones de acceso, constituyen a nuestro juicio la transformación más trascendente de las introducidas en la economía cubana porque rectifican deficiencias insalvables en el mecanismo anterior de regulación de los productores y abren el camino para el logro de una forma de reproducción económica de tipo intensivo.

Es importante destacar que la introducción de elementos de mercado no contradice íntegramente el régimen de la planificación que sigue caracterizando el sistema cubano, pero sin dudas, hace más complejo el entorno económico, por lo que se impone resolver las posibles contradicciones que se deriven de la coexistencia de ambos mecanismos. La planificación continúa desempeñando el papel fundamental en la conducción de la economía, aún cuando se ha abierto un espacio para el funcionamiento del mecanismo de mercado bajo regulación estatal.

Poseemos mercados que pueden catalogarse como de libre concurrencia (teniendo en cuenta la posibilidad de acceso de pluralidad de concurrentes que pueden pertenecer a distintos sectores y que representan diferentes formas de propiedad, la libertad en la fijación de los precios y la diversidad de productos o servicios que se ofertan) siendo éstos el mercado de bienes agropecuarios, el de bienes artesanales e industriales, el de los

productos y servicios de los trabajadores por cuenta propia y el de bienes y servicios en moneda libremente convertible.

Tenemos como reto perfeccionar la estructura y organización de dichos mercados, así como otras cuestiones inherentes a éstos, dígame el perfeccionamiento del control impositivo, el fortalecimiento de restricciones adecuadas (higiénico-sanitarias, ambientales) y una adecuada distribución territorial de los servicios a terceros, ya que por ejemplo en la actividad de talleres mientras que en las provincias La Habana y Sancti Spíritus ésta solo alcanza el 3.4%, en provincias como Ciudad de La Habana y Holguín alcanza el 59.9% y 37.6% respectivamente.

Vale destacar que sobre todo en el mercado de servicios en moneda libremente convertible las producciones nacionales han ido adquiriendo un espacio cada vez más amplio y los bienes importados no constituyen como otrora las únicas ofertas existentes. Se desarrolla una competencia que obliga a los productores locales a lograr precios competitivos, a estabilizar la oferta y a mejorar la calidad de los bienes y servicios frente a competidores del propio patio y también frente a la concurrencia de productos importados. Se observa así, un florecimiento de nuestra industria en general, que favorece de forma significativa el desarrollo económico del país.

Un factor clave que ha incidido en este paulatino crecimiento de nuestra industria nacional lo constituye, sin dudas, la estrategia de fomentar el desarrollo acelerado del sector turístico. La denominada “locomotora de la economía” presenta una “virtud” incuestionable y es que al ser un servicio que demanda a su vez de otros servicios, permite que otros sectores de la economía se desarrollen para convertirse en proveedores de éste.

En este contexto tenemos que añadir que se trabaja actualmente en un Proyecto sobre licitación dirigido por el Ministerio de la Construcción, donde se regulan los principales aspectos que deben tenerse en cuenta para desarrollar este proceso. Es importante destacar que será necesario fortalecer la legislación en esta materia que nos ampare ante la competencia extranjera, dado que nuestras empresas nacionales presentan muchas desventajas competitivas, debido al alto costo que tienen nuestras producciones a partir de lo siguiente:

- ✓ Mercados distantes en los cuales debemos obtener nuestras materias primas.
- ✓ Altos costos financieros de los limitados créditos financieros que se obtienen, a partir del recrudescimiento del bloqueo a Cuba.
- ✓ Limitada capacidad financiera para ofrecer créditos comerciales dentro del país, dadas las mismas razones apuntadas más arriba.

En el caso de nuestro país a pesar de las medidas que se han adoptado para incrementar la eficiencia de nuestro sistema empresarial, no escapamos a la limitación al acceso a los mercados internacionales y cada día son más limitadas dichas posibilidades.

A lo anterior hay que sumar los efectos del bloqueo económico impuesto a nuestro país desde hace más de 40 años y el endurecimiento del mismo a través de la Ley Helms-Burton y Torricelli, que limita el acceso al mercado de bienes y al crédito externo de nuestras empresas, obligándolas a realizar las importaciones de materias primas necesarias de lugares distantes de Europa y Asia con el consecuente incremento de gastos de transportación, y el incremento de los inventarios necesarios para poder producir. Lo anterior además, provoca interrupciones en la producción por falta de materias primas en momentos determinados.

En este marco Cuba se ha visto doblemente afectada, no solo por ser un país del tercer mundo, sino también por haber perdido sus principales mercados de la noche a la mañana, debido a la desintegración del campo socialista donde teníamos un sistema de comercialización con precios justos y estabilizados.

Nos hemos visto obligados a insertarnos en el mercado capitalista y en condiciones completamente desventajosas, debido al bloqueo económico a que está sometido nuestro país desde hace más de cuarenta años.

Además, la imposibilidad de acceso a créditos financieros y la aplicación de sanciones a las empresas que comercian con Cuba, provoca que estemos obligados a comprar nuestras materias primas a precios superiores a los del mercado internacional y los pocos créditos comerciales que obtenemos, son con tasas de intereses a veces hasta del doble basadas en el riesgo Cuba.

A partir de que ninguna subsidiaria norteamericana puede comerciar con Cuba y teniendo en cuenta que la presencia de propiedades norteamericanas está más diversificada en el mundo, se reduce el espacio para el comercio internacional de nuestras empresas.

Todo lo anterior encarece nuestros costos de producción y por lo tanto desde el punto de vista internacional las condiciones de competencia para nuestras empresas son extremadamente desventajosas.

No obstante, aún en estas condiciones nuestras empresas han incrementado sus niveles de exportación sobre todo en los productos de las exportaciones no tradicionales y mientras que en 1997 las mismas significaban el 14.4% del total de las exportaciones cubanas ya en el 2001 alcanzaban el 24.7%.

Es innegable la positiva influencia de la competencia en la terciarización de los servicios y en consecuencia la reducción de los costos fijos de las empresas. La terciarización es mucho más eficaz cuando existe competencia y los servicios son ofrecidos por varias entidades, pudiendo la empresa cliente elegir la oferta que le resulte más atractiva y ventajosa.

La reducción de los costos fijos o su conversión en variables, determina que las empresas se acerquen a niveles óptimos de eficiencia, en tanto se logra reducir el punto de equilibrio. En la medida que este punto de equilibrio sea menor, todo lo que produzca por encima de esa cifra supondrá para la entidad niveles de ganancia.

Una de las formas de disminuir estos costos por nuestras entidades es contratando determinados servicios a terceros, dígase transportación, talleres, gastronomía, mantenimiento y construcción, tendencia que ha marcado a nuestra economía en los últimos años.

Contratar algunas actividades a terceros permite concentrar los egresos en costos vinculados a la producción y no en costos fijos. En tanto varias empresas se dediquen a la prestación de determinados servicios, existirá competencia, convirtiéndose ésta en un indicador que incide positivamente en la eficiencia de nuestros operadores económicos.

Con el ánimo de iniciar el proceso de cultura de la competencia, en nuestro país se creó un Subgrupo Nacional que dirigen los Ministerios de Economía y Planificación y del Comercio Exterior e integrado por los Ministerios de Finanzas y Precios, de Justicia, del Comercio Interior y para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica, así como por la Universidad de La Habana y los Centros de Estudios de la Economía Cubana y de la

Economía Mundial, que se encarga del estudio de este tema y la elaboración de las principales propuestas.

Se efectuó por dicho Subgrupo Nacional un levantamiento de las legislaciones que existen en los principales Organismos relacionados con este tema, con el objetivo de precisar, en una primera etapa, las disposiciones internas en esta materia que nos permita comenzar a trabajar en el diseño de regulaciones que propendan a mejorar el funcionamiento de estos mecanismos.

El Subgrupo Nacional de Competencia ha desempeñado en ocasiones la función de conciliación entre entidades y ha trabajado en la solución de determinados asuntos relativos a la competencia de manera expedita.

Se estudió por parte del Ministerio de Justicia, la Universidad de La Habana y el Ministerio de Economía y Planificación la Ley Tipo de Defensa de la Competencia de la UNCTAD y consideramos que dado el nivel de desarrollo que tiene nuestro país en este campo y las implicaciones que éste pueda tener, antes de iniciar la elaboración de un borrador de Ley de competencia, conviene transitar todos los pasos necesarios en materia organizativa y legislativa que nos aseguren un funcionamiento correcto de estos mecanismos.

Consideramos que diseñar una política de competencia no se refiere a promover la misma, sino igualmente establecer los espacios en los cuales ésta debe desarrollarse y velar por que funcione adecuadamente allí donde se ha decidido.

La competencia en Cuba no es un valor absoluto, sino un medio que junto con otros, debe cumplir dos grandes funciones: potenciar la eficiencia de las empresas nacionales y beneficiar a los consumidores.

Es válido señalar que seguimos de cerca el desarrollo de las legislaciones existentes a nivel de la región de América Latina y el Caribe y en otros países desarrollados, entre otros, gracias a la participación de funcionarios cubanos en eventos regionales organizados por la UNCTAD.

Asimismo, estamos conscientes de la importancia que reviste el posible Marco Multilateral de Competencia y la necesidad de alcanzar un importante nivel de preparación en este ámbito. En tal sentido, el mandato de Doha confiere a la UNCTAD (párrafo 24) así como a otras Organizaciones, un importante rol en cuanto a la necesidad de potenciar el apoyo a la asistencia técnica y la creación de capacidades en el área del derecho y la política de competencia.

5.6. Algunas Reflexiones desde América Latina sobre la Necesidad de un Acuerdo Multilateral de Competencia

Claudio Lara Cortés
Oficina para América Latina y el Caribe de
Consumers International (Rolac-CI)

1.- En realidad, el debate sobre las políticas y leyes de competencia se ha ampliado de manera significativa durante los últimos años, pero aún pareciera estar lejos de concluir, tanto desde una perspectiva nacional como internacional. Los consumidores, beneficiarios últimos de las políticas y leyes de competencia, según se dice, no han estado ajenos a esta discusión. Hemos tratado de avanzar a partir del examen de nuestras propias realidades y experiencias, evitando el teoricismo y el ideologismo, tan propios en este campo. Esta reunión regional es una muestra más de la relevancia del tema de competencia, de los mayores grados de maduración de la discusión y de la pluralidad del debate. En lo que sigue, quisiéramos plantear, de forma muy resumida, algunas reflexiones sobre el tema en cuestión.

La globalización y la necesidad de un AMC

2.- Con el proceso de globalización y regionalización ha avanzado aceleradamente la transnacionalización de las economías, ya sea en cuanto a los flujos comerciales y de inversión extranjera, así como a los circuitos productivos. Las empresas transnacionales (ETN) aparecen como los principales agentes de este fenómeno. En el caso de América Latina, la presencia de estas corporaciones es cada vez mayor, aumentando su participación en el total de las 500 mayores empresas de la región desde 149 en 1991-92 a 230 en 1999. A su vez, la distribución por propiedad de las ventas de las 500 mayores empresas también muestra una mayor participación de las empresas extranjeras durante el mismo período, pasando desde un 27% a un 43%. Además, estas empresas incrementaron su participación en las exportaciones de las 200 mayores empresas exportadoras de la región, de un 29% en 1995 a un 41% en 1999.

Como se ve, estas empresas tienen una influencia decisiva tanto en la producción como en la determinación del volumen, el destino y la estructura del comercio regional y mundial, con la particularidad de que una proporción muy elevada del comercio exterior se realiza dentro de las propias corporaciones, es decir, es comercio intra-firma. Esto último es también expresión de los cambios en las estrategias y estructuras que las ETN adoptaron durante las últimas décadas, las que adquieren cada vez más una dimensión regional/global. Esto les permite tomar decisiones con independencia de las políticas y regulaciones nacionales, incluso aprovechando las más débiles.

3.- La transnacionalización de las economías y las estrategias globales/regionales de las ETN han provocado de hecho una diferenciación progresiva entre la jurisdicción territorial y los mercados relevantes, ya no son más idénticos. Este fenómeno es de una gran importancia, ya que el mercado relevante es el concepto central de los regímenes de competencia para determinar la posición de dominio de mercado de una empresa y para conceder o negar la autorización de fusiones y adquisiciones de empresas. La diferenciación antes señalada genera una serie de problemas a la competencia. Entre ellos se pueden destacar:

(i).- Dificultades en imponer leyes a empresas extranjeras. Las prácticas anti-competitivas de ETN pueden afectar a otro país, ya sea a través de las exportaciones o a través

de colusiones (trusts) transfronterizas. La evidencia relevante puede estar localizada en el tercer país.

- (ii).- Fusiones y adquisiciones transfronterizas. Las ETN operan ahora bajo diferentes regímenes nacionales de competencia al mismo tiempo. Investigaciones por parte de diferentes autoridades domésticas de competencia sobre fusiones y adquisiciones transfronterizas pueden resultar en conclusiones conflictivas o incompatibles.
- (iii).- Extraterritorialidad. Si la acción o conducta de una compañía tiene lugar en un mercado integrado que consiste en más de un mercado nacional, y si esa práctica es permitida en un mercado nacional pero prohibido en otro, la legislación más fuerte determinará la política en el mercado integrado, posiblemente en contra de los intereses del otro país.

4.- Los problemas que genera la transnacionalización de los mercados relevantes podrían ser resueltos por un acuerdo regional o multilateral de competencia. Hasta ahora, los países de la región se han visto amenazados por la extraterritorialidad de las legislaciones nacionales de los países desarrollados dominantes (Estados Unidos, en primer lugar). Adicionalmente, los países latinoamericanos están por lo general menos equipados para hacer frente a las practicas anti-competitivas de las ETN. La ausencia de reglas multilaterales sobre competencia afecta probablemente más a los países en desarrollo (América Latina) que a los países desarrollados.

Los objetivos específicos de un AMC

5.- Los objetivos específicos de un AMC se deducen de los principales problemas destacados en la sección anterior. Los carteles y las fusiones y adquisiciones de empresas aparecen como los temas más prioritarios a ser incorporados por un AMC.

Es sabido que los carteles internacionales privados distorsionan el comercio y su propagación genera una preocupación generalizada. Los carteles han explotado la apertura de los mercados y han aprovechado deliberadamente la debilidad o inexistencia en ciertos países de un régimen anti-cartel. De ello se deduce la necesidad de adoptar disposiciones sobre los grandes carteles internacionales como parte de un acuerdo multilateral sobre competencia. Junto con prohibir la existencia de ellos, se deben acordar procedimientos adecuados en el campo de la cooperación voluntaria e intercambio de información, así como el compromiso de los países en torno a establecer/fortalecer la aplicación de sanciones a los carteles en sus respectivos regímenes nacionales.

6.- La última década ha sido testigo de un enorme crecimiento de fusiones y adquisiciones transfronterizas, alianzas estratégicas y joint venture, particularmente en América Latina. En efecto, en el bienio 1999-2000 la base de datos de CEPAL registró 494 operaciones de este tipo, por un monto total superior a los 93.000 millones de dólares. Han ocurrido, además, fusiones y adquisiciones extrarregionales que han tenido impacto sobre el cuadro industrial y financiero de la región. Ejemplo de ello son las grandes fusiones de los bancos españoles que generaron el BBVA y el BSCH, y la fusión de Renault y Nissan. Es necesario controlar de manera preventiva este tipo de operaciones transfronterizas y extrarregionales mediante un AMC. Al igual que en el caso de los trusts, se debe avanzar en el campo de la cooperación voluntaria e intercambio de información, así como el compromiso de los países en torno a considerar los posibles efectos transnacionales de una fusión o adquisición.

7.- Un eventual AMC debería incluir además las medidas antidumping. El argumento a favor de las reglas antidumping es que previene la fijación internacional de precios predatorios. Sin embargo, los grupos empresariales de presión abusan de manera fácil y

recurrente de este tipo de reglas, sobretudo en los países industrializados. El uso unilateral o la amenaza de usar una legislación antidumping debe ser considerada una barrera comercial con efectos adversos en el comercio y en la competencia. Ello provoca que las firmas exportadoras alteren de facto su producción o localización de la producción, lo cual puede reducir el bienestar global. En consecuencia, el uso de medidas antidumping debe ser reemplazado por un instrumento más efectivo que sea parte de un AMC.

Limitantes a la unicidad y universalidad de las políticas y leyes de competencia.

8.- El tema de competencia dista aún, en muchos de sus aspectos, de encontrar posiciones unánimes capaces de fundar una política de competencia única y de validez universal. Sería un contrasentido que se impusiera el monopolio de un enfoque teórico en los temas de competencia. A pesar de ello, la visión dominante, la neoclásica, no esconde su pretensión de monopolizar el debate a la hora de discutir un eventual AMC. Esta visión enfatiza la competencia perfecta o libre como el estado ideal y considera cualquier desviación de ella como una distorsión que debe ser corregida por una política de competencia única de validez universal.

9.- Junto al enfoque dominante sobre competencia han surgido una serie de visiones alternativas, tales como la del “nuevo estado industrial”, la “institucionalista”, la “austríaca”, etc. Incluso dentro de estas mismas visiones se reconocen diferencias. Asimismo, la larga evolución del concepto económico de competencia tampoco presenta un camino único, más bien se divide entre una visión dinámica clásica del proceso competitivo y una visión estática neoclásica.

El enfoque neoclásico en particular, ha sido acusado durante mucho tiempo de trabajar con conceptos abstraídos violentamente del contexto real de la sociedad, incluido el mismo concepto de competencia. En esta perspectiva, se sostiene que la competencia empresarial se lleva a cabo dentro de una compleja red legal, financiera e institucional (supervisión), y las motivaciones de los individuos no se derivan solamente del interés personal, sino también de hábitos, confianzas y una pasión por la excelencia y la precisión. Por su parte, la acción racional en la actividad competitiva encuentra grandes limitaciones dada la incapacidad de manejar todas las contingencias e informaciones.

10.- Además de la diversidad teórica, existen diferencias históricas de enfoque entre las legislaciones que se ocupan de la competencia y, por tanto, de la jurisprudencia y la doctrina que las desarrolla (por ejemplo, entre la legislación americana y la europea). Estas diferencias también se han constatado claramente en América Latina.

11.- La adopción de políticas y leyes de competencias no es nueva en América Latina. Argentina y México establecieron políticas de competencia antes de la Segunda Guerra Mundial. Luego, en los años cincuenta le siguieron Chile y Colombia, y en la década siguiente lo hará Brasil. La actividad de implementación en estos países ha sido, sin embargo, bastante débil. Las razones de ello van desde los defectos del diseño legislativo hasta la notoria ausencia de voluntad y vocación política por parte de las distintas administraciones gubernamentales. Con las reformas de los años 80 y 90 basadas en el llamado “Consenso de Washington”, la tradicional ley antimonopólica o de represión de los trusts ha pasado a llamarse ley de defensa de la competencia. Esta evolución histórica demuestra que nada llega para quedarse por siempre, menos en la economía.

12.- Adicionalmente, en varios acuerdos subregionales del continente, tales como el Mercosur, Grupo de los Tres, Nafta han formado grupos de trabajo encargados de examinar cuestiones relativas a las políticas de competencia, enfatizando que ellas deben tener la flexibilidad necesaria para responder a las condiciones específicas de cada país y a las circunstancias cambiantes de la globalización. El tema también ha sido incluido en las

negociaciones que buscan establecer una área de libre comercio en el hemisferio (ALCA). Estos acuerdos también promueven el intercambio y cooperación entre organismos que regulan la competencia en la región.

13.- Al conjunto de diferencias antes señaladas se suman los límites conceptuales. Así, se podría argumentar que la competencia en la vida real nunca ha sido pura y perfecta. Las empresas no solamente compiten entre ellas, sino que también cooperan de forma selectiva para promocionar sus intereses comunes, tanto en el plano político institucional como en el económico. Todas las coaliciones (alianzas, redes) interempresariales entrañan cooperación y competencia, relaciones implícitas y acuerdos formales. Las empresas no pueden concebirse como “islas de coordinación planificada en un mar de relaciones de mercado” (Richardson) que sólo compiten externamente entre sí. En los actuales tiempos de globalización, cuando se intensifica la competencia de manera brutal; las alianzas contractuales, los consorcios y los proyectos conjuntos, en particular, están en auge, especialmente en los sectores más dinámicos de la economía. Esta complejidad real no puede ser representada adecuadamente por un concepto puro y perfecto de competencia.

14.- En Estados Unidos las asociaciones de sectores industriales se desarrollan en paralelo con los trusts y las grandes empresas modernas, y en la actualidad actúan como grupos de presión y como educadores de sus miembros en relación con las políticas gubernamentales, además de fomentar en general, un comportamiento común de sus integrantes. Esto se repite en mayor o menor medida en casi todos los países del mundo. Incluso más, muchas de estas agrupaciones empresariales han vetado ya sea el establecimiento de leyes de competencia ampliamente discutidas (como acaba de ocurrir recientemente en Ecuador) o reformas a leyes de protección al consumidor (como sucede hoy en Chile).

15.- Por último, cabe destacar que los mercados capitalistas desde sus orígenes se han desarrollado de manera desigual entre los países y esta brecha se ha profundizado en la actual etapa de globalización, como lo reconocen varias instituciones regionales o internacionales (CEPAL, PNUD, UNCTAD, etc.). La desigualdad también se reproduce al interior de los países, siendo América Latina la región de mayor inequidad en la distribución del ingreso en el mundo. Más del 45% de la población del continente, que vive bajo la línea de la pobreza, participa marginalmente de los mercados o está simplemente excluida de ellos.

Esta dramática situación demuestra claramente que existe, en términos económicos, un conjunto incompleto de mercados y los mercados que existen se caracterizan por exclusiones en la demanda, imperfecciones, segmentación (economía formal e informal) y poder de mercado (monopolios y oligopolios); así como por rigideces y agentes con información muy incompleta, dado que los precios no proporcionan toda la información necesaria. Todas estas características constituyen distorsiones (desviaciones) extremas de los supuestos de los modelos de competencia perfecta. Los neoliberales creyeron que estas distorsiones eran exógenas, causadas por el gobierno; pero con la liberalización y desregulación de los mercados se han ampliado, colocando en evidencia que ellas son endógenas o intrínsecas de los mercados.

16.- En suma, no hay bases en la teoría económica ni en la compleja realidad de nuestra región para una política que pretenda imponer ya sea un modelo único de competencia nacional o un modelo único de AMC. Tampoco hay bases para una política de competencia totalizante que intente abarcar todos los mercados. No hay que olvidar al respecto que hay muchos mercados que son notoriamente insuficientes para desarrollar grandes esfuerzos colectivos, asegurar la estabilidad, emplear todos los recursos disponibles (sobre todo humanos) y gestionar la propiedad común. Incluso, el propio Adam Smith reconocía la necesidad de la intervención del “soberano” en la ejecución o manutención de determinadas

obras públicas e instituciones. Afortunadamente, la dicotomía Estado-mercado ha sido superada en nuestro continente y no tiene cabida por ahora.

Las políticas de competencia, desarrollo y derecho de los consumidores.

17.- El gran problema para los países latinoamericanos, y los países en desarrollo en general, es conciliar la necesidad de promover la competencia en los mercados con los objetivos del desarrollo económico y social. Dicho en otros términos, las leyes de competencia deben adaptarse a las necesidades de desarrollo, combinando los propósitos de la política industrial y reestructuración económica con los de política de competencia. Así, podría ser necesario modificar las leyes de competencia en los países atrasados y conceder excepciones a ciertos sectores y prácticas (sector primario, áreas estratégicas de la industria farmacéutica, industria de defensa, industria cultural, pequeñas y medianas empresas, empresas públicas, etc.). Por lo demás, hay que tener presente que la política de competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el bienestar y el progreso económico de las naciones y de los consumidores, y ello se obtiene mediante un proceso político más que económico.

18.- Las políticas de competencia no sólo deben adaptarse a las necesidades de desarrollo de los países, sino que también al pleno cumplimiento de los derechos de los consumidores. Un ente regulador de la competencia no puede aprobar una fusión entre dos empresas teniendo en cuenta sólo los intereses abstractos del desarrollo nacional, pues esta operación puede violentar los derechos de los consumidores, causándole graves perjuicios. Esto es precisamente lo que ha ocurrido con la fusión de dos aerolíneas –Avianca y Ases- en Colombia, la que se justificó argumentando la necesidad de crear un “national champion” para competir en los mercados globales, pero ello ha implicado un notorio deterioro del servicio con los consecuentes perjuicios para los consumidores colombianos (ver estudio de caso).

19.- Más aún, el pleno respeto de los derechos de los consumidores debe ser el marco dentro del cual se debatan, formulen y eventualmente se negocie un AMC y la vara con la cual se midan sus resultados. Ello significa que la existencia de leyes de protección al consumidor es pre-requisito para establecer cualquier acuerdo sobre políticas de competencia. Esto también es válido para el plano multilateral.

Dos propuestas adicionales

20.- Teniendo en cuenta las reflexiones anteriores, se propone un enfoque flexible y progresivo con las siguientes fases :

- (i).- Todos los miembros deberían adoptar internamente políticas de protección al consumidor y políticas flexibles de competencia.
- (ii).- Principios y normas comunes pueden ser identificados y acordados en una de las instituciones internacionales, dando origen a un AMC.
- (iii).- Establecer un marco de cooperación entre las agencias de políticas de competencia e introducir un mecanismo de implementación y resolución de disputas.

21.- Correspondiente con este enfoque, se considera que el lugar más apropiado para debatir, identificar y acordar principios y normas comunes de un AMC es la UNCTAD. Hacer todo este proceso dentro de los marcos de la OMC, sería condicionar un posible AMC a los principios de esta organización (Trato Nacional, Nación más Favorecida), condenándolo a una rigidez innecesaria. ¿De qué vale o a quién favorece el principio de trato nacional en países donde gran parte de los servicios, por ejemplo, está en manos de empresas transnacionales y donde ya no quedan empresas locales de servicios?

Section V. Possible way ahead

La institución que concede el espacio para el debate y el acuerdo no tiene porque ser la misma institución encargada de implementar el acuerdo.

Section V. Possible way ahead

Presentations Power Point

5. A. Technical cooperation and capacity building in the field of Competition Policy: UNCTAD's approach
Ana María Alvarez, Coordinator of activities for the Latin American and Caribbean region. Competition and Consumer Policy Branch, UNCTAD 270
<http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp200385a.ppt>
- 5.B. Competition Conditions and competition policies in Central America
Claudia Schatan, Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), Mexico 271
<http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp200385b.ppt>
- 5.C. Costa Rica experience in the FTA between Costa Rica and Canada Chapter on competition
Hazel Orozco, Commission to Promote Competition (COPROCOM), Costa Rica 272
<http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp200385c.ppt>
- 5.D. Competition Advocacy in Argentina: horizontal mergers in a regulated Environment. The case of Electricity distribution in the Metropolitan Area of Buenos Aires.
Diego Petrecolla and Carlos Romero, Enterprise University of Argentina (UADE) 273
<http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp200385d.ppt>
- 5.E. The Nirvana ideology and its limits in guiding competition policy Enforcement
Ignacio de León, Catholic University Andrés Bello, Venezuela 274
<http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp200385e.ppt>
- 5.F. The development of competition in Cuba and its impact on enterprise efficiency
Ivonne Rodríguez, Ministry of Economy, Cuba 275
<http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp200385f.ppt>

Section VI. Other contributions from Experts and Delegates

6.1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA APROBAR UNA LEY SOBRE COMPETENCIA EN BOLIVIA

Introducción

Bolivia no tiene una norma especial para regular el comportamiento del mercado, existe un Proyecto de Ley sobre Libre Competencia que abarca los sectores de la industria y el comercio, que se encuentra en proceso de revisión en el Congreso. Sin embargo, ha realizado algunas acciones sobre políticas de competencia en base a la Ley No. 1600 que crea el Sistema de Regulación Sectorial.

En este sentido, es muy poco lo que puedo manifestar sobre experiencias en mi país, sin embargo destacaría algunos aspectos que podría tomarse en cuenta, para el caso de Bolivia, en la aprobación e implementación de una Ley de Competencia.

Reciente adscripción a una economía de mercado

A partir de 1985 Bolivia lleva adelante profundos cambios en su política económica para poder enfrentar, inicialmente la crisis que la llevó a una fuerte hiperinflación, y luego para consolidar una política económica de mercado, que encare la liberalización de las actividades económicas, la asignación de los recursos orientada por las señales del mercado y la apertura externa de la economía. Asimismo, ha asignado al Estado el rol de facilitador y regulador de las actividades privadas y de inversor en infraestructura económica y desarrollo social, para reducir su papel preponderante en la actividad económica que tuvo en el pasado.

En este contexto y dentro de su Política de Inversiones realizó un cambio significativo con la promulgación de las leyes de Capitalización (21 de marzo de 1994); el Sistema de Regulación Sectorial – SIRESE (Ley No. 1600 del 28 de octubre de 1994), con el objetivo de regular, controlar y supervisar aquellas actividades pertenecientes a los sectores de telecomunicaciones, hidrocarburos, transportes, aguas y electricidad, de acuerdo a normas legales sectoriales; y el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI que regula, controla y supervisa las actividades, personas y entidades relacionadas con el seguro social obligatorio de largo plazo, bancos y entidades financieras, entidades aseguradoras y reaseguradoras y del mercado de valores.

Análisis del mercado objeto de legislación

La elaboración de la normativa debe ser producto del análisis de la situación del mercado que se pretende regular, en este sentido el mercado boliviano tiene algunas características:

- En la década de los noventa recién se consolida su adscripción al sistema de la economía de mercado. Sin embargo, aún predomina un alto porcentaje del sector informal, dedicado básicamente a la comercialización, que organizados en grandes gremios o federaciones realizan el manejo de los precios, así como también los pequeños artesanos y los pequeños fabricantes de ropa, que se agrupan con el objeto de competir el contrabando proveniente de los países fronterizos.
- Las principales empresas de Bolivia no destinan su producción el mercado interno, sino a la exportación en casi su totalidad. Entre las 100 principales empresas de Bolivia y entre las que no están reguladas por una ley de competencia, se encuentran las que producen soya, aceites de soya y girasol, las que se dedican a la explotación aurífera, y algunas que se dedican a la fabricación de bisutería de oro.

- Recientemente ha sido modificada la Ley de Organización del Poder Ejecutivo, mediante el cual se esta realizando un proceso de reestructuración y modificación de las funciones y atribuciones de las instituciones que se encargaría de aplicar la Ley de Competencia.

Sentido de la competencia y competitividad

- En el mercado boliviano que ya es abierto y tiene una tasa arancelaria lineal y en un mundo globalizado, las pocas empresas y medianas empresas, no toman en cuenta aspecto de calidad y buen acabado de sus productos, se abstienen de utilizar nuevas tecnologías y modernizar sus procesos de producción. Claro que esto último esta en función a su inversión y a sus utilidades.
- Por otro lado, los consumidores no tienen cultura de consumo. El público en general no busca productos alternativos o similares de mejor calidad. Existe un predominio de lo tradicional.

Proyecto de Ley de Competencia

El Proyecto tiene una larga data y no se puede aprobar por x motivos que surgen, actualmente esta siendo revisado por el Congreso y al menos se destacan dos controversias:

- El objeto de la Ley esta cuestionado, en el sentido que además de evitar actos que impidan o distorsionen la eficiencia económica, “promoverá la oferta de bienes y servicios” .
- En el Proyecto se prevé la creación de una Superintendencia de Industria y Comercio, institución que realizaría las acciones de investigación y sanciones relativas a posición de dominio, concentraciones y otras prácticas restrictivas a la libre competencia. Existe mucha discusión respecto a si una Superintendencia sería la entidad apropiada para ser la autoridad investigadora y su relación con el proceso de investigación, con la legislación sancionadora en general, de quiénes conformarían la entidad investigadora.

Cooperación

En el marco del ALCA, la Secretaría General de la Comunidad Andina logró una asistencia técnica de USAID para la realización de seminarios para las autoridades en materia de competencia.

En este contexto, en noviembre de 2002 se llevó a cabo el Seminario “Beneficios de una Normativa Nacional en materia de Libre Competencia”, en las ciudades de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz de la Sierra. Se invitó a representantes del Poder Legislativo, Prefecturas, Instituciones Públicas, representantes de los Sectores Privados, Cámaras de Comercio, de Industria, etc.

Los expositores si bien realzaron la gran importancia de contar con una normativa nacional, explicando experiencias de otros países, a nivel bilateral y subregional, no hubo receptividad e interés y poca participación en cuanto al tema, y más bien, existió un predominio interés para conocer más sobre la competitividad.

Conclusión

Crear conciencia para contar con una normativa nacional no es suficiente, considero relevante que primero se debe conocer y analizar en todos sus aspectos o ámbitos el comportamiento del mercado boliviano, de los actores económicos y de los consumidores y sus preferencias, sin olvidar el sector informal.

6.2. TRADE ASSOCIATIONS AND CARTEL LEADERSHIP: A DEVELOPPING COUNTRY EXPERIENCE¹

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER²

ABSTRACT

In the present paper I analyze some issues related to the role that trade associations play in conspiracies to set forth uniform commercial behaviours amongst their members – especially related to price fixing cartels. I start stating general claims about the process through which the Brazilian State retreated from determining prices, as well as the reluctance with which trade associations received incentives to correct their behaviours so as to adapt to the new reality. Under this analysis I demonstrate that is very important to develop competition advocacy with trade associations in countries that liberalized their economies after years of price control policies. In this context, I show that sanctions imposed on the trade associations not only punish, but also educate. Next, I assess the results reached in administrative branch in which trade associations were convicted of price fixing by setting minimum prices for the services offered by their members. In sequence, I examine two administrative proceedings which have demonstrate how trade associations managed to coordinate cartels and gave cause to uniform commercial behaviour.

I. Price control, liberalization in Brazilian economy, and the role of trade associations

Under this topic I intend to present some statements about one of the conditions that drove trade associations³ to interfere in the determination of market prices related to the products offered by their members: the control over prices Federal Government set forth⁴.

During a long time period, many economic sectors of Brazil were tampered with price controls. I will concentrate on some examples emerged from the 60's onwards.

I begin with the price controls levied by the military dictatorship that ascended to power in virtue of a *coup d'État*. In that context, the National Commission for Price Stability Stimulation (CONEP) was created. Invested of powers to implement such a policy of price intervention, it offered fiscal benefits and public credit to companies that moderately raised their prices. The biggest concern was to block inflation, which was reaching high rates throughout the period. Companies that together answered for 70% of all sales in Brazilian market supported the system.⁵

¹ Paper prepared for the Regional Seminar for Latin America and Caribbean Countries on the Post-Doha WTO Competition Issues – São Paulo, 23-25 April 2003.

² Commissioner of CADE. Former Chief of Legal Counsel to the Brazilian Ministry of Justice. Former Law Clerk of the Brazilian Supreme Court. State Attorney of the State of São Paulo. LLM for the University of São Paulo (USP). Professor of Economic Law of IESB.

³ It is important to make it clear that in Brazil, unions and employer's organizations are gathered under the same term "*sindicato*", often translated by "union". In the Portuguese version of this paper, the distinction is not visible, therefore; workers unions are called "*sindicatos de trabalhadores*", while employers associations are named "*sindicatos patronais*". In consequence, each economic category has its own "*sindicato*". This paper will be concerned only with the cases in which employers associations were convicted, sometimes addressed to as *trade associations*, others as *employers associations*, for there hasn't been any precedent of conviction, even investigation, concerning unions.

⁴ Detailed information could be obtained from the flabbergasting article named "*The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy*" by Cláudio Monteiro Considera e Paulo Corrêa, mimeo, SEAE/MF, série documentos de trabalho nº 11, <http://www.fazenda.gov.br/seae/>.

⁵ See on the matter Dionísio D. Carneiro Neto, "Política de controle de preços industriais – perspectiva e análise

In spite of such a high adhesion rate, Brazilian government tried even more severe price control mechanisms by imposing to many economic sectors⁶ a mandatory system through which all price raises should be previously submitted to CONEP for analysis and if were the case, get approval⁷.

Afterwards, the Interministerial Commission for Prices (CIP) was created and price controls became even tougher: amongst several economic sectors, companies willing to increase their prices were obliged to prove their costs had risen. CIP set forth a detailed and complex control mechanism including administrative interference. I will not explain in details how the system worked as not to lose the required objectivity; alternatively, I will point out some deleterious aspects of the price control age inherited by the free-competition regime that followed, as well as stress some ways through which trade associations and private companies interacted with the CIP. I quote, thus, the following considerations made by Cláudio Considera and Paulo Corrêa:

*“Therefore, the price control mechanism employed by the CIP was not only competition preventing, through market rigidity. It was much more harmful. Firstly, it promoted concentration. Secondly, it indicated the leader was giving the signal for tacit agreements when the dominant firm exercised the price control individually. And thirdly, when there was a sector agreement, there was no need for blustering cartels; they were organized with the incentive of government. The CIP called meetings with associations or trade unions and, together, they talked about costs and fixed prices”.*⁸

After the years of the so-called “Brazilian miracle”, CIP remained alive, behaving in an increasingly more bureaucratic fashion, however. Studies demonstrate that price increases authorized by CIP throughout the economic sectors under its oversight were way alike those in the remaining sectors.⁹ During the 80’s, inflation rates reached higher levels, fact that messed about with the economy as a whole. Obviously, it included more attempts to control the escalation of prices. Even though, attempts to implement the conditions needed so as to authentic competition could come into being were aborted. In this context, trade associations remained playing important roles, intensely gathering their members to act collusively, mediate price setting negotiations – either privately or with government branches trusted with price control powers. Indeed, a significant raise in the number of trade associations has been noted all through the period.

The most important changes in the Brazilian economic paradigm became effective starting with the 90’s, especially with the “Plano Real” economic policy, which brought about several new structural measures to detain inflation, including the progressive ending of price controls, starting with the extinction of the CIP and the liberalization of most part of all economic sectors, with a view to freely set the prices they thought adequate, in an environment of unconstrained competition.

institucional da experiência brasileira”. In: Aspectos da participação do governo da economia, IOEA/INPES, 1976, série monográfica nº 26, p. 135-74.)

⁶ The entire manufacture industry sector and a good share of the food industry are included here among others.

⁷ Presidential Decree nº 61.993, issued in December 28th, 1967.

⁸ Cláudio Considera and Paulo Corrêa, “*The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy*”, *op. cit.*, p. 11-12. What is more, the authors emphasize: “As the previous section has shown, the associations met with the government officials at the price control agency to discuss cost increases and to negotiate price readjustment. (...) The price control in Brazil not only organized and stabilized the oligopoly prices contributing to reduce inflation, but also organized a structure for cartel functioning by making the Brazilian industrialists used to meet and talk about costs and prices. (...) In Brazil, the producers’ associations did not have to go against the Adam Smith advise or even waste their time by talking amenities⁸. The government made room for it: the law of price control and the action to enforce it strengthened and facilitated that meeting and the conversation on costs and prices. It is equally true that they continued to do so even after the end of price control in Brazil”

⁹ See on the subject Milton da Mata, p. 948.

Furthermore, it's important to mention that, in 1994, the current Competition Protection Law was enacted (Federal Law nº 8.884/94). Uncountable institutional breakthroughs added to the previous statutes, such as the merger control, the administrative independence enjoyed by CADE's members, the SEAE and SDE's deepened powers to collect evidences, as well as the more precise legal definition of competition law boundaries.

Notwithstanding, as we analyze CADE's conviction records, we discover that trade associations and employer's union abused their institutional functions, getting to coordinate its members aiming at collusive conducts that made uniform their commercial behaviour in the market.

Probably this fact will find its roots in the picture sketched in the preceding paragraphs, in which the State promoted price control throughout several economic sectors, encouraging the associations to engage in the mechanism to artificially fix prices. While the price controls were over in almost all economic sectors and competition was the new model of economy, these associations could hardly adapt to the new paradigms of Brazilian economy¹⁰.

Such a circumstance strongly highlights antitrust authorities' role in the market discipline. Thus, sanctions imposed on the associations not only punish but also educate, in the measure that they draw the lines that limit a company's freedom of action in free competition.

Having exposed those generic considerations, I will turn to the several cases in which employers' and commercial associations are involved inviting their members to collude and behave uniformly, mostly by fixing prices.

II. Cases where CADE convicted associations of setting minimum prices

CADE has convicted several class entities¹¹, which elaborated price listings tending to uniform their member's professional activities. The first of these cases was the Administrative Proceeding 53/92, in which the Brazilian competition authority decided that the Sergipe Hospitals Association had violated the competition rules by drafting hospital service's price sheets, forcing its associates to adopt it uniformly. According to the CADE, *"the issue which is first put is that the adoption of these sheets is, in principle, harmful to competition, as it eliminates the usual mechanisms of price formation, in view of the demand and supply rules¹²."*

¹⁰ Onofre Carlos de Arruda Sampaio observes in an article published in the Gazeta Mercantil (November 11th, 1999, p. A-2): "our tradition of intervening made us used to a patrimonialist and formalist economic system, where the State allocates resources and fiscal incentives, regulates imports and fixes prices (...). During the years, we got used to the public cartel and its more direct consequences: cost sheets, prices set by the state authority, fix exchange rate. In this context, the trade associations (...) had a relevant role, intermediating the actions amongst the government and the private sector, without any liability being found relative to the antitrust laws in general and, particularly, those related to disclosing information about the market. On the contrary, they were often called to act as an information and monitoring channel towards the market. Presently, in our way to the free-market, we are all rehearsing what has been denied to us all the years long: the exercise of the option, bargain in the commercial activities, new judgments, and the power to decide whether buy from this or that producer. We need behavioral adjusting, new judgment standards and learning new practices and concepts that still we don't master. (...)".

¹¹ In Portuguese "entidades de classe", another name used in Brazil for refer to trade associations.

¹² Still on the aforementioned Administrative Proceeding, the Reporting Board Member understood that *"on competition subjects, the existence of price sheets themselves constitute sufficient proof of the coordinated behavior, and, for those who edit or elaborates it, this represents an anticompetitive practice, which aims at achieving dominant position and the harm to competition"*.

It is important to note that CADE's understanding is that in order to identify trade associations (or unions) anticompetitive violations, there is not the presumption of a forced adoption of a uniform behaviour between competitors.

CADE's Board has therefore adopted the position that even when using an indicative sheet (with no imposition of obedience through intimidation), it is clear that the goal of the trade association (or union) is to influence the adoption of a uniform commercial practice¹³.

Grounded on such ideas CADE has been convicting dozens of class entities, which edit these price sheets, by applying the following sanctions:

- 1- Fines, usually corresponding to the minimum level set forth on the law. Though, as CADE is examining the existence of contumacious violations and as it has already indicated its understandings in the sense that such practices constitutes violations, it has imposed higher fines, even though compatible with the economic *status* of those entities.
- 2- Determination that the violation be ceased, that the entities refrain from publishing new price lists and that they inform their members of the conviction. Non-compliance with such decisions would result in the payment of a daily fine.
- 3- Publishing CADE's sentences on newspapers.

III. Trade associations and cartel leadership

III.1. Plain steel cartel: how the trade association sponsored the cartel.

The first case where CADE could definitively convict a trade association occurred in 1999, as an outcome of an administrative proceeding in which it could be proved that the three biggest Brazilian steel companies colluded in order to raise plain steel prices to the same level at the same time.¹⁴

Effectively, the practice consisted in the Brazilian steel producers setting their prices to a similar level in close dates, after a year without consistent changes in market prices. CSN implemented its new price policy in August 1st, 1996 (a raise of 3.63% for the hot rolled steel sheets and 4.34% for the cold rolled steel sheets); Cosipa set its prices in August 8th, 1996 (3.59% for the hot rolled steel sheets and 4.31% for the cold rolled steel sheets); Usiminas did so also in August 8th, 1996 (4.09% for the hot rolled steel sheets and 4.48% for the cold rolled steel sheets).

The new prices were preceded by communiqués sent to buyers in July 17th, 1996 (CSN) and July 22nd, 1996 (Cosipa and Usiminas); besides, a meeting was held under in the Ministry of Finances' Secretariat for Economic Monitoring (SEAE) in July 30th, 1996. Representatives of the three companies and one of the steel producers Association (IBS –

¹³ In the Administrative Proceeding nº018.302/96-99 was pointed that. Applicant: MEFP. Respondent: ABIAF – Brazilian association of Frigorific Warehouse Storing (Brasília, January 20th, 1999): "Orienting sheets are instruments capable of influencing the price formation, tending to make them uniform whilst they insert in the free competition environment a disturbing element, that escapes to the rules of the free market. (...) This Board tends not to accept the argument, a commonplace in such cases, that the sheets have the character of mere reference, given the diverse sizes and technologies companies that adopt them present. Even though it is not the intention of the sheet issuer to impose it and coerce – as it seems to be the present case – the sheet sets forth harmful effects to the competition, once it acts as a disabling instrument in relation to the free price formation in the market – it influences the companies within the market to set their prices based on those publicized. Such an agreement impeaches the quest for efficiency gains and quality improvement in the delivered services without any benefit to the consumer."

¹⁴ Administrative Proceedings nº 08000.015337/94-48, Respondents Companhia Siderúrgica Nacional – CSN; Companhia Siderúrgica Paulista – Cosipa e Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais – Usiminas. Reporting Board Member Ruy Santacruz.

Brazilian Institute of Metallurgy) informed the government body that they would raise their prices. The Secretary replied that such a practice would be eligible for cartel.

Hence, it rested well documented the way through which the trade association participated, once it was its initiative of scheduling the meeting to announce the prices would raise in a unified way, fact that evidenced their collusive practice. The meeting, indeed, was taken as an irrefutable proof of the agreement to set forth a cartel.

Subsequently, in 1997 the plain steel prices raised, having the Brazilian Institute of Metallurgy scheduled for a second time a meeting with antitrust authorities (this turn with CADE) to inform their members had jointly decided to do so. Once again it was made clear that the Federal Government handed over controlling prices.

We can clearly observe that even after the Federal Government ceased to control steel prices the trade association continued to behave in the old way, stimulating concerted practices amongst its members, working to coordinate the manner firms set their prices and trying to mediate the relation with governmental authorities.

However, in view of these proceedings, the trade association hasn't been charged of assisting or participating in the illegal practices, reason why the sanctions were imposed only to the companies. Their punishment was:

- 1- A fine equivalent to 1% of the companies' FY1996 gross revenues without the taxes;
- 2- Duty to publish and pay for a public two-day half-a-page notice, to be printed in the newspaper with the biggest revenues in the state where the company has its seat, for three consecutive weeks, with the abridged contents of the CADE's decision.
- 3- A fine of R\$ 3.512.315,00 and R\$ 3.487.890,00 imposed on Usiminas and Cosipa respectively, for having tampered with information addressed to the authorities.

III.2. Fuel Retail Cartel

III.2.1. A brief overview of the fuel price control changes in Brazil

Until 1990, fuel consumer prices in Brazil were still fixed by the Federal Government, being equally adopted by distribution companies and gas stations. On this year, however, the government issued rules softening the requirements for the opening of new gas stations, besides fixing only maximum prices, what enabled distributors and gas stations to freely adopt discount policies (in other words, distributors and gas stations could offer prices below those fixed by the government).

In 1993, the Fuel National Department of the Ministry of Mines and Energy, through Administrative Ruling 258, authorized the establishment of new distribution companies, as well as the creation of gas stations not controlled by or linked to any distribution company (the so-called "white flag" stations), what led to improvements in the competition regarding this specific sector.

Since then, we could observe the increase in the number of distribution networks, starting at an initial market concentration in five long-established companies – BR Distribuidora, Ipiranga, Shell, Esso, and Texaco – which currently hold 155 gas distributors. Not only new distribution companies grew, but also large multinational companies such as

Agip and Repsol YPF¹⁵ entered the market. These new entrants thought for secondary markets and acquired sections of networks left aside by the leading companies, which had chosen to concentrate their activities in regions with large sales volumes and high visibility for their trademark.

With regard to gas station sales, gas stations linked to or controlled by the largest distribution companies ended up by being outnumbered by the “white flag” gas stations.

Furthermore, in 1996 government freed companies to set gasoline and ethanol prices for distribution to gas stations. However, upon the liberalization of gasoline and ethanol prices to consumers, in April 1996 the Ministry of Finance simultaneously adopted a safeguard to prevent the marketplace – which was shifting from controlled prices to unfixed prices – from suffering the negative effects of disputes within and between suppliers. The Government held the so-called “market isonomy” by issuing Administrative Ruling 63 of the Ministry of Finance, which established that on April that year no distribution company could sell gasoline and ethanol to customers for a price difference which exceeded by 3% of the highest and lowest customer’s prices for the same product, within the same distribution base, on the same day¹⁶. Two years later, the Administrative Ruling n. 63 was issued, the Ministry of Finance decided that the market was sufficiently mature and therefore issued Administrative Ruling 225, on 31 August 1998, which revoked Administrative Ruling 63.¹⁷

Late in 2001 the market was fully liberalized through changes brought about by ANP¹⁸, such as the arrival of new agents in the oil supply chain (petrochemical units, blenders, importers and exporters). Imports and fuel prices, including ethanol and diesel, were unfixed at all stages of the production chain.

These regulatory changes obviously led to the increase in competition. However, the “pump” price often resulted not only from competition, but also from schemes involving tax evasion, injunctions obtained through the most different types of judicial orders (writs of mandamus, interlocutory injunctions, class actions against the Federal Government and State Governments and, sometimes, against the regulatory agency itself), adulteration, and suspicion that distribution companies were selling below the cost price, in addition to other equally unlawful schemes.¹⁹

These factors contributed to the outbreak, in mid-1999, of an unprecedented price war. In that scenario, all agents, ranging from gas stations to distribution companies (including the largest ones) began to act so as to ensure their survival in the market place.

Regardless of the complexity of the fuel distribution, the outstanding fact is the attempt of trade associations to influence agents’ decisions. When competition among gas stations – which had been enhanced by the price war – was established in the relevant

¹⁵ Agip arrived in 1998, when it acquired the Companhia São Paulo de Distribuição, and accelerated its growth in 2001 by acquiring 254 gas stations from Shell and six distribution bases in the South region. Before that, the company had already acquired another 285 gas stations also from Shell, in the Central-West region, in addition to the trademark of the Minas Gerais state-based Ipê distribution company, which had a network of 118 gas stations in Minas Gerais. (Published in the “Gazeta Mercantil” newspaper of 21 January 2002, page C1). Repsol YPF, in turn, acquired about 350 gas stations from Petrobras in the South, Southeast and Central-West regions.

¹⁶ The Ministry of Finance justified the measure by saying that it was aimed at ensuring sound business practices, avoiding predatory price discrimination and the loss of tax income that could occur if the sale prices were much higher than usual prices.

¹⁷ Ferreira, R. N., *op. cit.*, page 251.

¹⁸ Administrative Rulings 316 and 317 of 27 December 2001.

¹⁹ The so-called “PF” scheme, in which distribution companies reimbursed under the sheet the gas station that sold gasoline at lower prices. Court records of Preliminary Investigation Proceeding 08012.008306/99-01, page 47, and Folha de São Paulo newspaper of 25 July 1999, Section 2, page 5.

market both at the distribution (inter-brands) and retail level, some trade associations began to harmonize the conflicting interests previously existent, which the market pattern exacerbated – pattern that maybe sound strange to the associations since most of them were still living in times where the prices were fixed.

Over this background, in many locations the Association of Gas Station Companies was contacted by owners of gas stations that saw their profit margins reduce due to the increased competition in the sector. In the Florianópolis case, which will be reviewed next, the local association decided to act in the frontline, by dealing directly with gas station owners, with a view to decrease pump-price differences and, at times, by approaching the distribution companies themselves, asking for their interference to reduce the difference between competitors' prices.

However, regardless of the reasons which led trade associations to adopt such measures, it is clear that these violate not only the constitutional principle of free competition, which is one of the fundamentals of the economic order provided for in article 170 of the Brazilian Constitution, but also the competition law (Law 8884/94). Certainly other legal mechanisms could have been used against market agents who committed unlawful acts, but Federal Constitution prohibits the orchestration of actions by economic agents, including trade associations, in a competitive environment

I will review one administrative proceedings, in which a trade association was convicted for articulating processes of putting pressure over their members into adopting a uniform business conduct in the fuel resale market.

III.2.2. Florianópolis' gas stations cartel

In this case, more than fifteen gas stations in the city of Florianópolis were found guilty of cartelizing the gasoline retail.

By means of judicial authorization, phone calls were intercepted; they evidenced talks that demonstrated in detail the cartel organization, shedding lights on the coordinating role the stationers association's president had – fact that enabled the authorities to disclosure various aspects of the cartel's *modus operandi*.

As a result, CADE found that the stations' owners decided in a meeting held by the association's president that in June 21st, 2000, all stations would charge for the liter of gasoline a new price of R\$ 1,34 – what represented a raise of more than 20% over the previous price. Such orientation was followed by the majority of the stations. Those that did not follow the lead were invited by the association's members to correct their behaviour; anonymous calls threat to damage the recalcitrants' stations if they didn't raise their prices.²⁰

The monitoring system used should be underlined, by means of which the association's president, either by visiting personally the stations' facilities, or by receiving information from the associations' employees and other members, could implement a daily supervision of the current prices in the market. These actions compelled recalcitrant members to keep prices uniform. Furthermore, the president would warrant that non-members also behaved uniformly, even making use of physical threats. The fact that the association offered services as cashing checks put its headquarters (which, by the way, was

²⁰ See on the issue, Transcripts of the Statements made on the pages 363/364 of the previously mentioned Administrative Proceedings, where the Declaror Giovanio da Silva narrates in detail such facts, affirming he resisted to the pressures and kept selling gasoline by R\$ 1.059 the liter. There is another station owner's statement conceding he was influenced to raise his price from R\$ 1.27 to R\$ 1.34 .

located in a room built in one of the president's stations) in evidence. All these elements made easier the task of monitoring prices and gathering the cartel.²¹

Another interesting point to make salient are the internal negotiations to fix the price at a level lower than the agreed as the uniform one. Phone calls through which some members demanded to the president authorization to lower their prices given that neighboring stations were charging lower prices for they didn't belong to the cartel. Normally the president authorized such practices, defining some price level (few cents lower than the cartel price) and the time this price should last (few days). At the same time he would look for convincing the neighbouring non-members, sometimes successfully, the others not.

Talk recordings obtained by phone interception as well as evidences gathered from the case records demonstrate, in a conclusive way, how the stations' representatives participated in the collusion to artificially set the fuel reselling prices. It was proved that the commercial association had a central role once its president was responsible for coordinating and monitoring the group's activities.

As an outcome of the CADE finding the association's members guilty of having breaking the antitrust laws, the following sanctions were imposed:

- 1) A fine of R\$ 400,000.00 to the association, because it was proved by the elements of the records that it was the leader without whom the cartel would not have been possible.
- 2) It was established that the association must be registered in the National Consumer's Defense Register.
- 3) It was issued a recommendation addressed to the Federal Government as to not allow its branches to split tax debts in instalments or to cancel them, as well as not to grant fiscal incentives or public subsidies.
- 4) It was also established the association to include in its Charter a clause expressively forbidding it to engage activities that supported the participation, sponsorship or enrolment of its members in agreements or decisions that would modify, tampered with or uniform market practices, profit margins or prices to consumers.
- 5) Duty to publish and pay for a public two-day half-a-page notice, to be printed in the newspaper with the biggest revenues in the federated state where the company has its seat, of the for three consecutive weeks, with the abridged contents of the decision.

If the sanctions described in the items 4 and 5 were not met, a daily fine set in R\$ 6, 000.00 would be imposed.

The association's president was convicted to pay an individual fine corresponding to 15% of that one imposed to the stations he represented.²² To the companies similar sanctions were imposed, being the fine set to 10% of each one FY1999 gross revenues.

IV. Conclusion

Hardcore cartels are the most harmful violation of competition rules and cause serious damages to internal economy and consumer welfare, mainly in developing countries. The Brazilian experience in deterring cartel behaviour shows the enormous importance of

²¹ The examples are from the recordings transcript on the pages 261/263, 272/278 (in which one of his employees, Aliatar, can be heard), 283/291 e 298/320.

²² To them a fine corresponding to 10% of the FY 1999 gross income without taxes was imposed as the outcome of the conviction.

competition advocacy, besides the necessary legal tools to combat this kind of misconduct. The conjugation between competition advocacy and strong application of competition law is essential in countries that have liberalized their economies. Indeed, the price control policies implemented by those countries usually have the collateral effect of stimulating collusive conducts led by trade associations. In this context, sanctions imposed on trade associations that have led cartels not only punish, but also educate.

6.3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA OMC, APLICACIÓN A UN POSIBLE ACUERDO MULTILATERAL SOBRE POLÍTICA DE COMPETENCIA

*Por: Lic. Mónica Rodríguez Gutiérrez
Especialista en Política Comercial
Dirección de Organismos Internacionales
Ministerio del Comercio Exterior, República de Cuba*

I. Introducción:

Los Acuerdos de la OMC están inspirados en varios principios considerados fundamentales, que constituyen la base del sistema multilateral de comercio. Al respecto, la Declaración Ministerial de Doha (DMD), expresa en su párrafo 25, que “*en el período que transcurra hasta el quinto período de sesiones, la labor del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia se centrará en la aclaración de los **principios fundamentales**, incluidas la **transparencia**, la **no discriminación** y la **equidad procesal**” ... entre otros aspectos que se describen en ese párrafo.*

De manera que durante el año 2002, la labor del Grupo de Trabajo de la OMC, estuvo orientada, entre otros aspectos, a la aclaración de la conveniencia o no y de las implicaciones, de incluir esos principios en un posible acuerdo multilateral sobre competencia.

II. Debate en el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia de la OMC, sobre los principios fundamentales mencionados en la DMD:

Se proponen dos opciones básicas para la incorporación de los **principios fundamentales de la OMC** en un marco multilateral sobre política de competencia:

- i) una **aplicación limitada de los principios** ya consagrados en las normas de la OMC, a la esfera de las leyes de competencia y su observancia;
- ii) una **aplicación más amplia de los principios**, que informarían la elaboración de políticas y/ o leyes de competencia en los países Miembros y proporcionarían un marco para el mayor desarrollo de la labor relativa al comercio y la política de competencia dentro de la propia OMC.

III. Valoración de las propuestas para la inclusión de los principios “fundamentales” de la OMC, al posible acuerdo multilateral:

A. Sobre la incorporación del principio de transparencia de la OMC a un marco multilateral sobre política de competencia:

Transparencia significa información. Está dada por el grado de apertura y previsibilidad de las políticas y prácticas comerciales y de su proceso de elaboración. En la esfera del comercio, la transparencia equivale, en términos generales, a tener acceso a las “reglas del juego” en vigor, en un determinado país. Las “reglas de juego” abarcan las leyes y reglamentaciones aplicables, así como también las normas procesales, las formalidades y las prácticas. Los Acuerdos de la OMC contienen amplias disposiciones sobre transparencia encaminadas a garantizar un suministro adecuado de información sobre **las medidas comerciales nacionales** tanto a los agentes económicos como a los demás Miembros de la OMC.

Resumen de lo debatido en el Grupo de Trabajo:

En la esfera de la política de competencia, el compromiso en materia de transparencia se aplicaría a las leyes, los reglamentos y las directrices de aplicación general. Los Miembros de la OMC tendrían la obligación de asegurarse de que esas leyes, reglamentos y directrices se publicaran en forma completa y oportuna. Dicha publicación podría realizarse en una gaceta o diario oficial o un órgano similar o quizá en un sitio de la red accesible al público. Como excepción al principio de transparencia se plantea la importancia de proteger la información confidencial.

Propuestas concretas:

- La obligación de transparencia "externa" se aplicaría no sólo a las leyes, los reglamentos y las directrices sino también a las **exclusiones y exenciones sectoriales**.
- Los Miembros de la OMC deberían **notificar** a la Organización sus leyes, reglamentos y directrices y sus exclusiones y exenciones sectoriales. Asimismo, notificar las decisiones sobre **casos determinados relacionadas con la legislación de competencia** que tienen un valor de precedente vinculante y los **acuerdos de cooperación bilaterales y regionales en materia de política de competencia**.
- Aplicación del **mecanismo de solución de diferencias de la OMC** a las disposiciones sobre transparencia, pero que sólo quede sujeto al mismo, la existencia de determinados procedimientos básicos y no la cuestión de si esos procedimientos se habían aplicado en la forma debida en un asunto concreto. Otro criterio considera que la distinción entre las violaciones *de jure* y *de facto* se aplicarían al principio de transparencia al igual que al de no discriminación.
- Establecimiento de **una base de datos sobre legislación y política de competencia**, que constituiría una fuente práctica y unificada a la que podrían recurrir todos los Miembros.

Es decir, que la transparencia **debería impregnar todos los aspectos del régimen de competencia de un país**, dígase la legislación, las políticas, las estructuras institucionales, los procesos de adopción de decisiones, las prioridades en materia de observancia, las directrices de política y de procedimiento, los criterios para la selección de casos, los

critérios de exención, los procedimientos de apelación, y los detalles de todos los resultados y decisiones pertinentes.

B. Sobre la incorporación del principio de no discriminación de la OMC a un marco multilateral sobre política de competencia:

El principio de no discriminación establece que el sistema de comercio debe ser **no discriminatorio**, es decir, que un país no debe discriminar entre sus interlocutores comerciales (se concede a todos de forma igualitaria, la condición de “nación más favorecida” o NMF) y tampoco debe discriminar entre sus propios productos, servicios o ciudadanos y los productos, servicios o ciudadanos extranjeros (se les concede el trato nacional).

De manera que el principio de no discriminación se complementa de los **principios de nación más favorecida** y de **trato nacional**.

El principio de **nación más favorecida** (NMF) establece básicamente que en virtud de los Acuerdos de la OMC, los países no pueden por regla general establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los miembros de la OMC, es decir, que si un país aumenta los beneficios que concede a otro interlocutor comercial, tiene que dar éste “mejor” trato a todos los demás miembros de la OMC de modo que todos sigan siendo “más favorecidos”.

El principio de **trato nacional** significa un trato igualitario para los nacionales y extranjeros (dar a los demás el mismo trato que a los propios nacionales). Las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir un trato igualitario, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. Lo mismo se aplica a los servicios extranjeros y a los nacionales, y a las marcas de fábrica o de comercio, el derecho de autor y las patentes extranjeras y nacionales. El trato nacional sólo se aplica una vez que el producto, el servicio o la obra de propiedad intelectual ha entrado en el mercado. Por lo tanto la aplicación de derechos de aduana a las importaciones no constituye una violación del trato nacional, aunque los productos fabricados en el país no sean sometidos a un impuesto equivalente.

Resumen de lo debatido en el Grupo de Trabajo:

Con respecto al alcance y aplicación del principio de no discriminación tal como se concretaría en un marco multilateral sobre política de competencia, delegaciones que apoyan el desarrollo de ese marco opinaron que una disposición sobre no discriminación debía aplicarse sólo a la **discriminación de jure**, es decir, a la incorporada en leyes, reglamentos y directrices de aplicación general, y no a los casos de **discriminación de facto**, es decir, aquella en virtud de una legislación aparentemente neutral. Esto no implicaría que los casos de discriminación de facto no fueran causa de inquietud; no obstante, se plantea que por el momento resulta difícil distinguir entre esos casos por una parte y la aplicación del criterio de razonabilidad en las circunstancias particulares del mercado y la aplicación razonable de las facultades discrecionales para el ejercicio de la acción fiscal, basadas en factores objetivos, por la otra.

Problemas de la aplicación del principio de no discriminación a un posible acuerdo sobre competencia:

- El principio de no discriminación de la OMC se aplica en general a **productos y servicios "similares"**; sin embargo, el análisis y la observancia de la competencia se refiere a **casos y hechos específicos** y nunca dos situaciones son o podrán ser totalmente similares o comparables. Así pues, en la práctica, es difícil determinar si existe una discriminación *de facto* con respecto a las medidas encaminadas a asegurar la observancia de la legislación antimonopolio, dado que tales acciones se basan en las circunstancias de casos determinados.
- El **principio del trato nacional** plantea toda una gama de problemas que sería necesario examinar, puesto que las razones habitualmente invocadas para explicar por qué el trato nacional constituye un aspecto importante de la no discriminación en el contexto de la **política comercial**, no son necesariamente aplicables en el contexto de la **política de competencia**:

Relación del trato nacional con la política comercial:	Relación del trato nacional con la política de competencia:
En primer lugar, el trato nacional está destinado a asegurar que las concesiones efectuadas por los Miembros con respecto a los obstáculos al comercio en la frontera no resulten anuladas por una discriminación dentro de las fronteras entre las mercancías importadas y las producidas en el país.	Las fusiones y las restricciones verticales a menudo tienen efectos anticompetitivos tanto sobre los productores nacionales como sobre los extranjeros. No obstante, es difícil advertir cómo constituyen un bloqueo desleal del acceso de las importaciones al mercado, que es a lo que se refiere el principio de trato nacional.
En segundo lugar, el trato nacional está concebido para apoyar la liberalización del comercio, que es deseable porque, en su conjunto, se estima beneficiosa para los países participantes.	La política de competencia, en cambio, se enfrenta por definición con la competencia imperfecta, en la cual la presunción a favor del libre comercio es mucho menos neta. La política de competencia con respecto a las fusiones y cárteles podría tener efectos diferentes sobre el bienestar en países diferentes, según el lugar en que estuvieran establecidos los productores y los consumidores. Los países en desarrollo cuentan con muy pocos productos de exportación en condiciones de competencia imperfecta, pero tienen que hacer frente a estructuras oligopólicas de mercado respecto de importaciones e inversiones extranjeras directas. Por tanto es muy probable que esos países terminaran casi todos en el lado perdedor de las fusiones y de las prácticas comerciales restrictivas, con efectos transfronterizos, y que tuvieran muy poco que ganar con la aplicación del principio del trato nacional de la legislación en materia de competencia de los países desarrollados. Al mismo tiempo, como resultado en parte de las concesiones hechas en las negociaciones

	<p>comerciales multilaterales, los países en desarrollo están en un proceso de transformación estructural en el que muchas industrias están siendo expuestas por primera vez a la competencia internacional. Aunque la reducción e incluso la eliminación de las industrias no competitivas pudieran ser ventajosas, se justifica también una reestructuración ordenada, que incluya fusiones e incluso cárteles de racionalización, como la que ya han llevado a cabo muchos países desarrollados. La necesidad de tales medidas es, en cualquier caso, mayor en los países en desarrollo.</p>
<p>Una tercera justificación del principio de trato nacional en los acuerdos comerciales consiste en que, incluso en los casos en que un país pudiera obtener ventajas unilateralmente al apartarse del libre comercio, esas ventajas se convertirían en pérdidas si otros países actuaran de la misma manera.</p>	<p>No obstante, no se ha demostrado que los apartamientos de la norma en la esfera de la política de competencia internacional puedan ser mutuamente destructivos del mismo modo.</p>
<p>Estas distinciones entre el principio de trato nacional tal como se aplica al comercio de mercancías y su aplicabilidad potencial a la política de competencia, ponen en duda lo apropiado de trasladar ese principio al campo de esta política.</p>	

- Los países en desarrollo afrontarían ciertos problemas en relación con la aplicación del principio de no discriminación, pues a veces es necesario, en aras del desarrollo, **aceptar ciertas prácticas anticompetitivas** (tales como una discriminación contra una empresa extranjera), o ciertas fusiones, a fin de obtener resultados benéficos a largo plazo.
- En las economías de la mayoría de los países en desarrollo predominan las pequeñas y medianas empresas (PYMES), cuyas repercusiones en el mercado son insignificantes, de manera que esas PYMES no podrían mantener su viabilidad competitiva al aplicarse el principio de no discriminación, sino que serían eliminadas por las fusiones y adquisiciones de las empresas multinacionales que sí tienden a crear monopolios y favorecer las prácticas anticompetitivas.
- El principio de no discriminación puede ser objeto de abusos si no se aplica en forma correcta; por consiguiente, en caso de que debiera aplicarse, ello sólo debía tener lugar **caso por caso**, a fin de no hacerlo en aquellas situaciones en que estuviera en conflicto con los objetivos de desarrollo de los países.
- El enfoque que se ha adoptado para definir la no discriminación y otros principios fundamentales, que podían incluirse en un marco multilateral sobre política de competencia, **es hasta el momento básicamente defectuoso** pues se centra en el **comercio interno** más bien que en el **transfronterizo**. Por ejemplo, se ha utilizado el concepto de no discriminación de manera intercambiable con el de "trato nacional", que se refiere a la aplicación de un trato igual a las empresas extranjeras y nacionales que operan dentro del mercado nacional. Esta es una concepción conveniente a los intereses de quienes tienen inversiones importantes en el extranjero y desean garantizar el acceso a los mercados de los países en que

invierten. La mayoría de los países en desarrollo, en cambio, son importadores y exportadores, más que inversores. Así pues, la prioridad en la aplicación de los principios fundamentales ha de centrarse en primer lugar en el comercio transfronterizo. Si la Declaración Ministerial de Doha es verdaderamente un programa para el desarrollo, debe darse prioridad a la cuestión del comercio desleal transfronterizo, y no a la del comercio desleal interno. Existen muchas prácticas desleales relacionadas con el movimiento transfronterizo de las mercancías, es decir, con las exportaciones e importaciones, en particular en el caso de los cárteles, y por tanto sería conveniente centrarse más en tales movimientos.

En el contexto de la aplicación de las leyes nacionales de competencia, se sugirió que el **principio NMF** no plantearía grandes problemas pues era prácticamente inconcebible que una autoridad aceptara determinadas prácticas anticompetitivas de las empresas originarias de un país y las prohibiera a las empresas originarias de otros países. Pero por otra parte, podían surgir cuestiones relacionadas con el rango jurídico de los acuerdos de cooperación bilaterales y regionales en relación con el trato NMF, que tendrían que aclararse.

C. Sobre la incorporación del principio de la equidad procesal a un posible marco multilateral sobre política de competencia:

El principio de la equidad procesal, abarca las garantías procesales, la transparencia, la responsabilidad, la previsibilidad y la independencia de todo proceso jurídico o administrativo.

Resumen de lo debatido en el Grupo de Trabajo:

Se plantea que en relación con la equidad procesal son importantes **cuatro categorías generales de garantías**:

- 1) En primer lugar, debe haber **garantías relativas al acceso al sistema**. Esto podía entrañar, por ejemplo, el derecho de las empresas a tomar conocimiento de que la autoridad de defensa de la competencia había iniciado una investigación oficial contra ellas, y en qué consistían las objeciones de esa autoridad a su conducta.
- 2) Una segunda garantía fundamental está relacionada con la **defensa de las empresas afectadas**. Éstas debían tener oportunidad y tiempo suficientes para hacer conocer sus opiniones a la autoridad por escrito o mediante la participación en audiencias, para presentar pruebas o documentos y para producir prueba testimonial que corroborara su descripción de los hechos, antes de que la autoridad adoptara una medida. Este tipo de garantía incluiría normalmente algún derecho de acceso al expediente formado por la autoridad.
- 3) Una tercera garantía es el reconocimiento del derecho de las empresas intervinientes en procedimientos relativos a la competencia, a obtener el **reexamen de las decisiones que las afectaran, por un órgano judicial independiente**.(derecho de apelar contra una decisión de un organismo de competencia dado).
- 4) Por último, también debiera garantizarse la **protección de la información confidencial**, incluidos los secretos comerciales.

Problemas de la aplicación del principio de equidad procesal a un posible acuerdo sobre competencia:

- El problema fundamental radicaría en la adopción de disposiciones exhaustivas sobre la forma de aplicar en la práctica este principio. La equidad procesal puede tratarse de manera simple y práctica, sin dejar de tener en cuenta la evidente diversidad de las culturas y sistemas jurídicos de los Miembros. En la cuestión de la **revisión judicial**, por ejemplo, existen diversas disposiciones de los Acuerdos de la OMC que estipulan la obligación de prever tal revisión y que sin embargo no implican injerencia alguna en cuanto a la manera en que las revisiones judiciales estén organizadas en un país determinado, o en el alcance de las mismas.
- La obligación de establecer y mantener – de manera inmediata- un marco judicial para el trámite de las apelaciones puede resultar demasiado costoso para los países en desarrollo.
- La diversidad de culturas jurídicas de los Miembros, así como las prácticas establecidas en los sistemas judiciales nacionales y las autoridades de defensa de la competencia, pueden dificultar le establecimiento de normas uniformes en el plano multilateral.
- Uno de los elementos esenciales de la equidad procesal es que la parte objeto de una investigación sea notificada, por lo que para demostrar el cumplimiento de una obligación de equidad procesal en la OMC, habría de notificarse a los Miembros de la OMC de la realización de una investigación determinada, práctica ésta contraria al principio de no revelar públicamente la existencia de una investigación cuando no se haya establecido que la parte objeto de ésta hubiera cometido incorrección alguna, a fin de respetar los derechos de aquélla. (Una posible solución sería distinguir claramente entre la **notificación de las investigaciones a las partes** y la **notificación a la OMC**).

IV. Principios adicionales:

Se plantea además en el Grupo de Trabajo la necesidad de la incorporación de dos principios adicionales, no incluidos en la Declaración Ministerial de Doha, ellos son: el principio de trato especial y diferenciado a favor de los países en desarrollo, que es un principio fundamental de la OMC, y a iniciativa de Nueva Zelandia, el “principio de alcance integral”, que sería un principio de aplicación exclusiva hasta la fecha en la OMC, a la política de competencia.

D. Sobre la incorporación del principio de trato especial y diferenciado a favor de los países en desarrollo a un marco multilateral sobre política de competencia:

En los Acuerdos Multilaterales de la OMC se reconoce que los países en desarrollo, en particular los menos adelantados, pueden tropezar con dificultades para aceptar la totalidad o algunas de las obligaciones que los mismos imponen y se incluyen disposiciones sobre la **concesión de un trato especial y diferenciado a esos países**, en virtud de las cuales, se da a estos un trato “más favorable” que a los países desarrollados.

Esas disposiciones pueden agruparse en **tres grandes categorías**:

- I. Disposiciones que obligan a los países (desarrollados y en desarrollo) a **adoptar medidas** que faciliten el comercio de los países en desarrollo y de los países menos adelantados.
- II. Disposiciones que regulan la **flexibilidad** de que disponen los países en desarrollo y los países menos adelantados para aceptar las obligaciones impuestas por los Acuerdos de la OMC.
- III. Prestación de **asistencia técnica** a los países en desarrollo y los países menos adelantados a fin de mejorar su capacidad para aplicar los Acuerdos.

Resumen de lo debatido en el Grupo de Trabajo:

Entre las posibles dimensiones del principio de trato especial y diferenciado se mencionan:

- i) las obligaciones de las empresas extranjeras con respecto al país de establecimiento; obligación de los gobiernos de los países de origen de asegurar que las empresas extranjeras cumplieran sus obligaciones;
- ii) las medidas que han de adoptar las empresas nacionales y los gobiernos en un posible marco multilateral;
- iii) la necesidad de permitir que las empresas nacionales, especialmente las pequeñas, siguieran siendo competitivas y crecieran;
- iv) los obstáculos a la competencia derivados de medidas gubernamentales, por ejemplo **acciones antidumping**;
- v) los obstáculos a la competencia derivados de la protección de los derechos de propiedad intelectual y de los monopolios y oligopolios mundiales, y sus efectos sobre las empresas locales;
- vi) las grandes fusiones y adquisiciones efectuadas por empresas transnacionales, y sus efectos sobre los países en desarrollo.

Supuestamente, la labor propuesta permitiría al Grupo de Trabajo identificar medidas apropiadas de asistencia técnica y de investigación y desarrollo que pudieran ser útiles para los países en desarrollo.

Retos para la aplicación, en el marco de un posible acuerdo sobre competencia, de un principio de trato especial y diferenciado favorable al desarrollo:

- Constituye un requisito esencial que sean abordadas las preocupaciones de los Miembros que no han establecido aún, una política, autoridad o legislación general sobre la competencia, los cuales deberán asumir obligaciones en la medida en que vayan desarrollando sus regímenes nacionales de competencia. Es decir, un trato no sólo especial y diferenciado para los países en desarrollo sino también para los países que carecen de política, autoridad o legislación general sobre la competencia.
- Posibilidad de eximir los países en desarrollo, de un acuerdo sobre competencia, los cárteles de exportación nacionales e internacionales, ya que la mayoría de las empresas exportadoras e importadoras de esos países son de pequeño tamaño y necesitan reunirse o concentrarse para contrarrestar el poder de negociación de grandes compradores o vendedores pertenecientes a países industrializados.
- Preverse un trato especial y diferenciado para los países en desarrollo que permita a sus economías y empresas, a través de determinadas fusiones, estar en condiciones de competir en pie de igualdad con empresas del mismo tamaño en los mercados internacionales.

- Aplicación de este principio a un posible acuerdo, como un cuarto principio fundamental y no como un principio adicional.

E. Sobre la incorporación del “principio de alcance integral” a un marco multilateral sobre política de competencia:

La idea de incluir disposiciones sobre un principio de alcance integral surgió a raíz de una propuesta realizada por Nueva Zelanda durante la reunión del Grupo de Trabajo de los días 26 y 27 de septiembre de 2002, de manera que se trata de un principio que no se incluye dentro de los principios generales de la OMC. Su principal objetivo es **establecer un mecanismo de examen para las exenciones o excepciones a incluir por los Miembros y controlar o garantizar la legitimidad de las mismas.**

Al respecto planteó Nueva Zelanda: “los principios de transparencia, no discriminación y equidad procesal se derivan en gran medida de las actuales disciplinas de la OMC. Proporcionan condiciones necesarias, pero no suficientes, para una política de competencia adecuada. **En particular, esos principios no tratan adecuadamente la cuestión de las exenciones y las excepciones.** Se necesitaba un principio más, el de “**alcance integral**”.

Al abogar por el principio de alcance integral, Nueva Zelanda reconoce que todos los países necesitarían exenciones y excepciones en su política y leyes de competencia. No obstante, en el marco de un principio de alcance integral esas exenciones y excepciones estarían sujetas a “un **examen** de periódico, en el contexto de un marco o compromiso general sobre principios de competencia”.

Se plantea que el principio de alcance integral no constituye un principio fundamental de la OMC, sino **un principio fundamental de la política de competencia** y que su inclusión en el marco propuesto contribuiría a evitar una situación en la cual el valor del acuerdo resultara socavado por una excesiva proliferación de exenciones. “Un enfoque basado en **la exclusión absoluta de sectores enteros** de la economía nacional, del ámbito de los principios de competencia, bien podría perjudicar el logro de los objetivos que se quieren promover”.

Importancia de las excepciones y/o exenciones para el logro de los objetivos de desarrollo de los países en desarrollo:

- Muchos Miembros -entre ellos países menos adelantados y otros países en desarrollo, pero también algunos países industrializados- desean conceder, en sus legislaciones sobre la materia, mayor flexibilidad a las empresas pequeñas y medianas que a otras empresas. El marco propuesto deberá permitir ese tipo de flexibilidad.
- Los intereses nacionales pueden salvaguardarse previendo la exclusión de sectores económicos sensibles, de todas las disposiciones sustantivas de un marco multilateral.
- La previsión de exenciones y excepciones proporcionaría mayor flexibilidad a los Miembros de la OMC para alcanzar otros objetivos nacionales tales como el desarrollo industrial y económico.
- La desmembración de industrias que operen en condiciones de monopolio, cuando precisamente sea ésta la condición que les permita competir a nivel internacional, carece de fundamento y sería contraria al desarrollo.

- La competencia externa en el campo de la prestación de los servicios públicos, puede no ser deseada en muchos países, en concordancia con determinados objetivos sociales y por razones de desarrollo.
- El derecho soberano de un gobierno de ofrecer un grado mayor o menor de apertura del mercado nacional a bienes y servicios de empresas extranjeras no debería resultar afectado.
- La importancia y necesidad de aplicar exenciones demuestra que no debe reducirse su utilización a una cuestión de tiempo ni sujetarse a condiciones.

V. Conclusiones:

Hasta la fecha no existe consenso en el Grupo de Trabajo sobre la forma en que serían abordados los principios fundamentales de la OMC en un posible acuerdo sobre competencia. Se reconoce que teniendo en cuenta la diversidad de situaciones nacionales, podría no ser práctico imponer obligaciones uniformes, ni exigir una revisión inmediata en la legislación nacional en materia de competencia así como de los reglamentos para su aplicación.

Una manera posible de avanzar podría ser, incorporar en un acuerdo de la OMC sobre política de competencia **sólo disposiciones generales con respecto a los principios fundamentales**, y ofrecer interpretaciones más detalladas o enfoques posibles para la aplicación de los principios fundamentales, en forma de **directrices no vinculantes** o de una **lista de opciones**. Esto favorecería una común inteligencia de esos principios entre los Miembros, al tiempo que se tomarían en consideración los enfoques diversificados adoptados por los distintos Miembros.

6.4. POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL ECUADOR

Un proyecto necesario para una economía en vías de desarrollo

Por: Fausto Alvarado C. *M.d.e.*
Consultor responsable
Proyecto Competencia
Programa MICIP-UE-CAN

En Ecuador se está viviendo un proceso de cambios dentro de la política y la economía nacional, cuya primera manifestación importante se dio con la entrada a un régimen monetario diferente (la dolarización). Pero la transformación de nuestro entorno socio-económico y político no puede quedar únicamente en medidas “coyunturales”, sino que deberá calar en la esencia misma de sociedad y sobre todo en su institucionalidad.

Es bajo este proceso de cambio que desde 1998 se viene afianzando, con la vigencia de la nueva constitución, la reforma estructural del Estado Ecuatoriano. En efecto, como una manifestación político-jurídica de esa corriente se establece claramente, como Política de Estado, la institución de una economía social de mercado en el Ecuador. Concomitantemente, y vista la necesidad de crear las condiciones que hagan posible la realización de dicho sistema económico, se consagra constitucionalmente que el Estado promueva el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsando la “**libre competencia**” y sancionando las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen, todo esto en beneficio y defensa del bien común.

El desgaste –léase descrédito- institucional y la inseguridad jurídica -que son el producto de la debilidad (existen demasiadas leyes) de normas e instituciones- nos obliga a la tarea fundamental de consolidar y crear instituciones fuertes, transparentes y bajo el control de ciudadanos probos, para de esta manera redundar positivamente generando certidumbre y seguridad jurídica que se transforman en inversión y crecimiento para el Ecuador.

El éxito o fracaso en la transformación y creación institucional es vital dentro de la vida democrática en la que pretendemos vivir.

El Proyecto de “LEY DE PROMOCION Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA” se fundamenta precisamente en el enunciado anterior, asumiendo desde el inicio de manera responsable su reto de contribuir al desarrollo económico del Ecuador, dentro de una economía social de mercado competitiva a través de una competencia sana entre los agentes económicos. En este contexto estamos convencidos que países como el Ecuador, al contar con una política de competencia y su correspondiente normativa obtienen una de las poquísimas “armas” – léase herramienta- que les ayudará a hacer frente a la globalización y la liberalización comercial.

Dentro de este contexto existe una verdad aceptada por los economistas de todas las tendencias, que la excesiva intervención de Estado puede conducir a problemas de ineficiencia económica, concentración de poder y corrupción. Pero simultáneamente se sabe que los resultados eficientes que se le atribuyen al mercado requieren de un conjunto de regulaciones que establezcan las condiciones que faciliten a los agentes económicos en sus decisiones económicas y de mercado. Por ello, la existencia de una economía social de mercado basada en la libre competencia y la libertad económica no sólo es perfectamente

compatible con la actividad legislativa –léase reguladora- del Estado, sino que necesita de ellas.

Pero la necesidad que tiene el mercado y la actividad privada no sólo se refiere a la mera creación de normas. La razón es que las leyes en sí mismas no son suficientes para que el mercado funcione, pues también se requiere algún mecanismo que garantice que esas normas y leyes se cumplirán. Por ello, la actividad económica también requiere de un Poder (Instituciones) que orienten y garanticen que todos los miembros de una sociedad a que se comporten de acuerdo a dichas normas (promoción).

Entender el Estado como un sistema de creación y aplicación de normas que coordinen el comportamiento social y como un sistema de apoyo a la iniciativa privada, no sólo permitirá que nuestros niveles de vida se incrementen sino que también admitirá que dichos beneficios lleguen a todos los ciudadanos, a través de la tan deseada redistribución de la riqueza que es tan concentrada, y por ende discriminatoria, en nuestro país.

En efecto, la actividad natural del Estado o, más precisamente, el instrumento natural de que dispone el Estado para relacionarse con los ciudadanos es la creación de leyes, normas y reglas que regulen la vida social, así como diseñar las organizaciones encargadas de aplicar y controlar el cumplimiento de esas normas.

Las reglas, leyes, normas y costumbres son las instituciones de una sociedad y su razón de ser es *facilitar las cosas* y permitir con ellas el logro de objetivos socialmente beneficiosos. Como todas las cosas, cuando las instituciones no logran sus objetivos se hace necesario cambiarlas o en el caso de NO tenerlas, como es el ecuatoriano en el tema de competencia, crearla. Para ello es necesario que establezcamos primeramente cuales son los fines sociales que se desean alcanzar, para después establecer cuales son los medios (esto es, instituciones) más convenientes para lograrlos. Las instituciones diseñadas al azar o las realizadas si tomar en cuenta tanto los objetivos como los medios que están al alcance están condenadas al fracaso.

Se debe tomar muy seriamente que se deben diseñar instituciones cuya organización esté acorde con la consecución de fines propios a los que nuestra sociedad necesita o bien que sean diseñadas en base de las capacidades de las que se dispone.

La búsqueda de los objetivos de riqueza y equidad implica un significativo problema que, de hecho, entraña una de las más importantes controversias tanto de la práctica política como de la actividad intelectual de las ciencias sociales. En efecto, aunque en el largo plazo estos dos objetivos pueden ser alcanzados simultáneamente, existe en el corto plazo una relación negativa según la cual la distribución de la riqueza reduce la capacidad de sociedad de generar mayor crecimiento económico.

La crisis que atraviesa la economía ecuatoriana desde hace 25 años hace que la prioridad política sea la creación de riqueza o más exactamente la reducción de la pobreza; lo anterior nos conduce a una importante reflexión: ¿no es una prioridad social la generación de riqueza?

Este objetivo fundamental se debe dar creando instituciones que regulen la economía de manera que se favorezca *la creación de mayor riqueza*, pero de una manera tal que pueda alcanzar a todos los estratos de la sociedad.

El crecimiento económico es un fenómeno social complejo, y existen muchas causas que pueden impulsarlo o frenarlo. La investigación económica a lo largo del presente siglo ha llevado a la conclusión de que existen tres elementos diferentes a las instituciones cuya importancia es fundamental en el proceso económico:

- La productividad del factor trabajo
- La acumulación de capital físico y humano (inversión)
- El cambio tecnológico

Ahora bien, es cierto que a fin de cuentas las decisiones de inversión o las políticas para incrementar la productividad o generar productos o técnicas de producción innovadoras dependen de las decisiones de las empresas y las personas, por lo tanto, la acción del Estado y de sus instituciones no puede afectarlas *directamente*. Sin embargo, las instituciones o reglas del juego de la economía pueden afectarlas *indirectamente*, por eso debemos estudiar los determinantes institucionales del crecimiento y desarrollo económicos.

Las instituciones y reglas de la economía (a diferencia de la inversión, productividad e innovación), están al alcance directo de la acción del Estado, y por eso son los principales instrumentos de que dispone la acción política para contribuir con la consecución de mayores niveles de vida para la población. La gran pregunta entonces es: ¿cuáles son las reglas que impulsan el crecimiento?

El Estado tienen tres deberes primordiales para asegurar que las instituciones sociales sean exitosas en su objetivo de mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos. Estas tres condiciones serán estudiadas a continuación.

a) La importancia de la estabilidad de las instituciones

El primer deber del Estado para crear instituciones dirigidas a la creación de riqueza es asegurar la estabilidad institucional, la cual es una condición *sine que non* para el crecimiento económico. *Estabilidad institucional* es sinónimo en este contexto a *Estado de Derecho*. Veamos por qué.

Como ya hemos señalado, las instituciones y reglas que rigen el comportamiento social tienen una gran influencia sobre el desempeño económico y la competitividad de una economía. La gran virtud de las instituciones es que hacen que el comportamiento de los miles de individuos de un país relativamente predecible, por lo cual facilitan la interacción social y económica.

Un sistema estable es aquel diseñado para permanecer a lo largo del tiempo y basado en reglas de decisión pública claras. Este aspecto es de fundamental importancia. Cuando las autoridades públicas deciden con base a reglas establecidas y transparentes, sus acciones están sometidas al control de los ciudadanos. Por el contrario cuando los organismos gubernamentales deciden sin atender a reglas bien establecidas, están dotados de una enorme dosis de discrecionalidad y los ciudadanos no tienen capacidad jurídica de emprender acciones contra las actuaciones públicas.

La discrecionalidad en manos de los organismos públicos significa y es equivalente a leyes y reglas de decisión no transparentes, lo cual puede conducir a la manipulación del Estado por parte de grupos de intereses privados. En efecto, a la hora que un organismo que no tiene reglas de decisión definidas debe tomar una decisión o va a emprender una regulación lo debe hacer con base a los argumentos del problema particular que desea resolver (en nuestro caso problemas de competencia). Los individuos que potencialmente se verán afectados por dicha regulación, al darse cuenta de ello, tienen incentivos para organizarse, presionar y tratar de convencer a las autoridades públicas con sus argumentos. En la medida que exista más de un grupo afectado, la regulación pública se convertirá, no en un mecanismo para la búsqueda de políticas orientadas a la generación de crecimiento económico, sino en mecanismos que reflejan los argumentos de aquellos que se organizan y negocian con los funcionarios. En el peor de los casos estos grupos de interés podrían

tratar de utilizar formas de corrupción para evitar medidas que, aunque favorecen a la colectividad, los perjudiquen a ellos.

Cuando la discrecionalidad administrativa es la regla, las instituciones en general *pierden credibilidad* y los inversionistas, especialmente en aquellos sectores donde se requieren mayores inversiones, perciben un mayor riesgo por posibles acciones públicas en su contra. Como es bien sabido, la inversión se estimula en la medida que la rentabilidad es mayor y el riesgo es menor. Los efectos de la discrecionalidad no se reducen únicamente a la generación de incertidumbre jurídica, que a la postre se convierte en menor crecimiento. También debe tenerse en cuenta que la discrecionalidad promueve la acción política de los agentes económico. Influir sobre las instituciones públicas no es una actividad productiva, así que los costos que genera deberán ser trasladados a los consumidores en forma de precios más altos, productos de menor calidad o cualquier otra forma de ineficiencia económica (contrarios a la competencia).

En consecuencia, para lograr instituciones fuertes, donde prevalezca un Estado de Derecho inmune a las presiones de grupos particulares para obtener medidas políticas en su propio beneficio, se requieren normas bien definidas y transparentes que reduzcan al mínimo posible la discrecionalidad de los organismos pertenecientes al Estado y que estimulen la negociación económica y no la política. Es decir, un sistema legal basado en reglas estables y no en interpretaciones de aquellos que transitoriamente ocupan los cargos de aplicación de la regulación y normativa estatal.

En efecto, si lo que se desea es crear las condiciones óptimas para la creación de riqueza, no debe olvidarse que toda actividad económica implica, en mayor o menor medida, un riesgo. En tal sentido, además de la necesidad de contar con un sistema coherente con el funcionamiento de la actividad económica que permita y promueva la creatividad empresarial, es necesario contar con un conjunto de instituciones que sea estable, que permita a los creadores de riqueza un cierto grado de certeza acerca de las condiciones futuras de la economía en la que se desempeñan. En la medida que las condiciones e instituciones económicas sean estables, también son predecibles y, por lo tanto, contribuyen a la reducción del riesgo y la incertidumbre, de manera tal que se generan las condiciones idóneas para la actividad empresarial y la inversión. En este sentido, se orientó el proceso del proyecto de ley ecuatoriano que a continuación explicaremos.

VENTAJAS DE POSEER UNA LEY DE COMPETENCIA EN ECUADOR

- Ante el notable proceso de cambio que se observa a escala mundial, cualquier iniciativa para establecer y aplicar normas de competencia se enfrenta con los límites impuestos por las fronteras nacionales. Grandes potencias comerciales como los Estados Unidos y la Unión Europea cuentan con normas de competencia y las aplican con bastante éxito cuando las prácticas anticompetitivas afectan sus propios mercados.
- De allí la necesidad que los países en vías de desarrollo como el Ecuador tengan la capacidad de actuar eficientemente al respecto. Ello implica, por un lado, **la adopción de una Ley Nacional de Competencia y la designación de una Autoridad (Consejo Ecuatoriano o Superintendencia) de Competencia**. Y, por otro lado, que esta autoridad tenga los medios suficientes para asegurar sus investigaciones y aplicar sus decisiones, lo cual no es siempre tarea fácil en ausencia de normas tanto nacionales como internacionales de cumplimiento obligatorio.

- Hay que entender sobremanera en este punto que, economías como la Ecuatoriana, que se encuentra próximo a concesionar sus empresas y que estas tienen el carácter de estratégicas (telefonía, energía, etc) para la competitividad, NO pueden pasar de ser empresas monopólicas estatales a ser monopolios privados, sin contar con una norma y su entidad que los regule, ya que las consecuencias serían catastróficas en términos sociales y económicos (mercado)
- La competencia es una situación en la cual varios operantes en un mercado tratan de ganar cuotas de mercado, es decir, (tratan de ganar los favores de los consumidores), con precios más atractivos, mejor calidad y servicio de venta y posventa, etc. Pero esta situación es muy inestable: cuando uno de los competidores gana y está en posición de eliminar a sus competidores, pierde el deseo de ser atractivo para sus consumidores. A medida que “el ganador “ toma una “posición dominante”, puede llegar a su “abuso”, es decir, que puede actuar sin preocuparse de las reacciones (baja precios, baja el incremento en calidad) de sus rivales y que se acerca a una situación de monopolio (suministrador exclusivo) desaparece la “competencia”.

Por estas razones, el libre mercado no es suficiente para asegurar la sobrevivencia de la competencia. Por eso, se necesita una política consciente de la competencia por parte del Estado. Es decir, que el Estado, con la adopción y aplicación de una Ley de Competencia, y el establecimiento de una autoridad de competencia (Consejo Ecuatoriano de la Competencia), vendría a velar por la defensa y la promoción de la competencia.

- Algunos países en vías de desarrollo, como el Ecuador, se niegan a aceptar un sistema multilateral del comercio basado en normas establecidas en gran parte por expertos de países desarrollados, especialmente por socios comerciales más poderosos cuyo objetivo principal es de salvaguardar sus intereses y de abrir mercados para sus empresas.
- Lograr el desarrollo constituye un proceso especialmente delicado ya que deben conciliarse dos realidades contradictorias. Por un lado, el hecho de que sin la presión de la competencia resulta difícil (o casi imposible) alcanzar sectores autosuficientes, de alta rentabilidad y que alcancen niveles de competitividad a escala internacional. Por otro lado, las economías de escala requieren por lo general, empresas de gran dimensión para ser capaces de competir efectivamente en mercados mundiales. Los países pequeños y en desarrollo, con mercados internos de bajo poder adquisitivo (Ecuador) no son lo más propicios para que generen economías de escala. Esta desventaja es generalmente mencionada por todos los que consideran que sólo los monopolios permitirán a las firmas de los países en desarrollo tener posibilidades de lograr la masa crítica necesaria y alcanzar economías de escala que les permitan hacer frente a los competidores extranjeros.

La evidencia empírica ha demostrado que tales afirmaciones son erradas ya que la desprotección total de la competencia –esto es mantener los monopolios- da lugar a empresas ineficientes, incapaces de mantener la competencia y deseosas de beneficiarse de las rentas monopólicas para unos pocos (concentración de la riqueza), toda vez que impiden que los escasos recursos de las economías menos avanzadas sean asignados en forma óptima entre las necesidades de la sociedad y por ende, que beneficie al desarrollo socio económico. Con frecuencia los sectores protegidos son precisamente, la infraestructura básica de la economía que en la realidad deberían representar los sectores más efectivos en virtud de su efecto de propagación en el desarrollo del resto del sector de la economía.

- Si como consecuencia de la protección monopolística, los servicios esenciales tales como, electricidad, telecomunicaciones, transporte, banca y la industria de seguros son ineficientes y retrasados como es el caso ecuatoriano, el resto de la economía que depende de estos servicios para desarrollarse, permanecerá también siendo poco desarrollados y penalizados (vía competitividad) frente a competidores extranjeros que no sufren de tales ineficiencias o distorsiones.
- Existen sin embargo, casos en los que, la apertura llevada a cabo de forma radical, de la industria local a la competencia, especialmente a la competencia extranjera, conlleva a erradicar a los productos locales. Esto sucede cuando los productores locales han estado alejados de la competencia (no son competitivos) por muchos años -o como en nuestro caso no la han tenido- no pueden enfrentarla en forma repentina. Con el fin de evitar esto, se requiere de un período de transitorio de promoción de la denominada cultura de la competencia.
- De ahí la necesidad de un cierto grado de flexibilidad en relación con las reformas económicas requeridas, especialmente, en el caso de los países menos avanzados como es el nuestro, lo cual posiblemente implique un mayor grado de intervención (léase regulación) estatal para hacer frente a las necesidades inmediatas y a las situaciones urgentes. Además, es conveniente tener en cuenta las cada vez más frecuentes deficiencias, “fallas” de mercado, encontradas en nuestro país. Un ejemplo de ello sucede en los casos de infraestructura de transporte inexistente o en mal estado que no permite un suministro de productos de forma continua para algunas regiones del país.
- Así mismo, la baja formación de capital y las tasas de interés elevadas que se encuentran generalmente en los países como el nuestro, reducen las oportunidades de negocios y puede registrarse una ausencia de empresarios inclusive en áreas donde las oportunidades de negocio existen.
- En virtud de las considerables dificultades para que el gobierno ajuste la economía logrando la mejor combinación de competencia y donde se requiera de protección y apoyo gubernamental, es esencial que el país tenga la posibilidad de decidir cómo desea conducir su desarrollo económico. En particular, deberá decidir, qué mercados necesita proteger de la competencia externa a gran escala y definir cuáles y cuándo podrían ser sometidos gradualmente a fuerzas competitivas.
- Sin embargo, en virtud de la abundancia de deficiencias (fallas) de mercado en el país, es un error pensar que este tipo de legislación es un lujo que solamente tiene sentido en el caso de economías avanzadas.
- Aún cuando la competencia en el ámbito nacional se considera una necesidad, este tipo de legislación no resulta siempre suficiente para abordar todos los tipos de prácticas anticompetitivas, particularmente si tales prácticas son originadas en el exterior del país y traen consigo efectos dentro de la frontera nacional.
- Así mismo se considera difícil aplicar una decisión o imponer una multa si los activos se mantienen en el exterior o si existen conflictos de jurisdicción con el país de donde provienen estas empresas y/o si el gobierno ejerce presión. Por eso, se contempla dentro de este tipo de normativa la posibilidad de cooperar con otros países en la aplicación de políticas de competencia, siempre y cuando el país cuente con una normativa marco o por lo menos básica.

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LEY DE COMPETENCIA Y LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Las leyes de defensa y promoción de la competencia se fundamentan en la teoría económica y los principios jurídicos de los derechos de propiedad a través de la eficiente asignación de los recursos, siendo su objetivo final el bienestar del consumidor. Para preservar este resultado de bienestar del consumidor, el entorno institucional se sirve de diversas leyes como la de defensa de la competencia y la ley de defensa del consumidor, las cuales comparten la búsqueda de protección al consumidor pero a través de provisiones jurídicas e instrumentos diferentes, siendo la misión la ley de defensa de la competencia, la protección del proceso de competencia en los diferentes mercados. Con este fin, generalmente la ley asigna a las autoridades de competencia funciones relacionadas con investigaciones de conductas anticompetitivas, abusos de posición dominante en los mercados, y las de autorizar ciertas operaciones de concentración económica. Sin embargo, para obtener el cumplimiento de los objetivos de la ley de competencia no basta asignarle solo aquellas funciones. Se requiere también dotar a las autoridades que aplican la ley de competencia con las herramientas jurídicas necesarias para el cumplimiento de sus funciones de manera efectiva. También se requiere asignarle funciones relacionadas tanto con su participación en la formulación de ciertas políticas públicas, así como las funciones relacionadas con la creación y promoción de la denominada cultura de la competencia.

El objetivo último de la ley de competencia de bienestar del consumidor se complementa, pero NO debe confundirse, con el de la política y la ley de defensa del consumidor. Ambas van de la mano y comparten un marco teórico común pero cada una tiene su misión específica, y el trabajo diario es diferente en cada una de estas áreas. Ambas buscan la protección al consumidor pero con aproximaciones diferentes, mediante vehículos diferentes, con objetivos particulares diferentes. En el caso de la defensa de la competencia el bien jurídico tutelado es la competencia en sí misma, en el caso de la defensa del consumidor es el consumidor propiamente dicho.

Ciertamente, si una empresa carece de competidores puede imponer las condiciones en el mercado que más le convengan ya que los consumidores no tienen posibilidades de elegir entre diferentes alternativas. Adicionalmente, si bien la cantidad de opciones de compra o servicios es la fuente de eficiencia, se debe asegurar que los consumidores o usuarios tengan los elementos necesarios para hacer la mejor elección posible, ya que de poco sirven muchas alternativas si el consumidor o usuario no tienen la información y herramientas correctas para tomar su decisión de compra. De esta forma, la promoción de la competencia beneficia al consumidor al reducir las distorsiones externas en la provisión de bienes y servicios (cantidad, precio, posibilidades) basándose en la búsqueda de la mejor asignación de los recursos y una óptima organización industrial. Paralelamente, la protección al consumidor se concentra en asegurar que el consumidor tenga conocimiento, seguridad jurídica e información veraz para escoger, de forma tal que se reduzcan las asimetrías de información y de poder entre proveedores y consumidores.

Crear Cultura de la Competencia

La cultura de la competencia, entendida como el conocimiento generalizado por parte de los empresarios como de los consumidores sobre que es la competencia y el beneficio que ella conlleva a todos, favorece el éxito de una economía social de mercado y le garantiza a las autoridades encargadas tener en la comunidad sus mejores aliados para la aplicación de la Ley. La divulgación de los logros y beneficios que genera la aplicación de esta ley es el medio idóneo para el establecimiento de la cultura de la competencia.

En resumen, se ha clarificado que la ley de defensa de la competencia es diferente a la ley orgánica de defensa del consumidor, ya que si bien sus objetivos se entrelazan sus

misiones son específicas, siendo el objetivo de la ley de defensa de la competencia la preservación del orden público económico mediante la defensa de los mercados para la consecución del bienestar del consumidor. Para lograr la finalidad anotada, las autoridades de competencia deben contar con una ley que les permita adaptarse rápidamente a la dinámica de los mercados. Además, esta ley debe dotar a las autoridades correspondientes de las herramientas necesarias para apoyar en la formulación de ciertas políticas públicas con el objeto de prevenir restricciones a la competencia originadas por las privatizaciones, expedición de normativa económica, etc. Igualmente es importante para poder cumplir con el objetivo planteado que se lleve adelante una verdadera campaña de promoción y difusión sobre el tema, especialmente en lo que tiene que ver con los objetivos, alcances y sobre todo las ventajas de contar con normativas de este tipo en los actuales momentos por los que atraviesa el país.

6.5. Superintendencia de Industria y Comercio Honduras

Es de nuestro conocimiento que los Estados plantean como objetivo principal en los sistemas económicos de nuestro tiempo el establecimiento de un conjunto de normas reguladoras no solamente para proteger sino también para asegurar el proceso de la libre competencia económica y la libre concurrencia en el mercado. La defensa de la competencia es así un mecanismo fundamental de la economía de mercado.

En Europa estas normas se remontan a finales del siglo XIX, mas concretamente en el año 1890 cuando se promulga en los Estados Unidos la Sherman Act, que es históricamente la primera pieza normativa nacional en defensa de la competencia en los mercados. Con anterioridad, la relación entre el derecho y la competencia había sido desigual y se había logrado remover los obstáculos institucionales que impedían la competencia.

Si nos remontamos a la Edad Media, no hubo espacio para la competencia en la vida económica de la sociedad europea porque el acceso a los mercados no era libre, la actividad económica estaba exhaustivamente reglamentada y abundaban los monopolios que los monarcas absolutos concedían a sus financieros para la explotación de sus regalías. Fue la Revolución Francesa que consagró la libertad para cualquier negocio o profesión, arte u oficio. Puede decirse que el siglo XIX coloca, por primera vez “el principio de libertad de pactos” en el centro del sistema económico. En el caso de los países del Istmo Centroamericano estas normas aparecieron solamente en la segunda mitad de la década de los noventa, es decir, con bastante retraso. Al final de la década y a principios del siglo XXI se registraron sucesos de gran significado en el campo de la política pública de cada país.

Es de nuestro conocimiento que hasta fines de la década de los ochenta en Centroamérica existían una serie de políticas que atentaban contra la libre concurrencia tales como los elevados aranceles a las importaciones, la fijación de precios de una serie de productos y el otorgamiento de subsidios entre otros. Honduras y en general los países del Istmo Centroamericano han avanzado mas en los instrumentos de protección al consumidor que en los de competencia. Lo anterior ha dado lugar a disminuir, restringir o impedir de una manera desequilibrada el acceso a la libre competencia económica y a la libre concurrencia respecto a la comercialización de bienes o la prestación de servicios.

Las reformas emprendidas por Honduras a fines de la década de los ochenta consistieron primordialmente en desregular el tipo de cambio y las tasas de interés, liberar los precios de una serie de bienes usualmente controlados, además de reducir aranceles y eliminar barreras no arancelarias al comercio. En Honduras la normativa relativa a la competencia es variada y heterogéneo. Una serie de leyes han coadyuvado a mejorar las condiciones de competencia de los mercados para los inversionistas extranjeros; entre éstas se cuenta la Ley de Inversiones de junio de 1992; la Ley de Estimulo a la Producción, a la competitividad y Apoyo al Desarrollo Humano (Decreto No. 131-98), la Ley de Promoción de Desarrollo de Infraestructura y Obras Publicas de 1998 que define con claridad las condiciones para el otorgamiento de concesiones, licencias y permisos para la construcción, mantenimiento de obras, instalaciones y servicios públicos. A pesar de que el país no cuenta con una Ley Antimonopolio como tal, se ha avanzado notablemente en mejorar las condiciones de la competencia, un ejemplo de ello es el “Decreto No. 49-89 contentivo de la Ley de Protección al Consumidor, que tiene por objeto establecer el ordenamiento jurídico necesario para lograr y mantener una protección adecuada de los consumidores del país, a fin de garantizarles un trato justo y equitativo en la adquisición y uso de bienes y servicios”.

Cabe mencionar que esta ley esta siendo sometida a revisión para mejorarla y sobre todo para adecuarla a las condiciones económicas de una sociedad en constante evolución.

¿Por qué de la Defensa Pública de la Competencia?

Se dice que la competencia es un factor importante del progreso técnico y económico ya que las empresas sean públicas o privadas que tienen competencia en el mercado pueden garantizar una elección diversificada a los consumidores, mejores condiciones en precios y calidad entre otros. Por un lado, en la medida en que una concentración restringe, menoscaba o disminuye el número de participantes en un mercado, genera conductas anticompetitivas que reducen el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Por otro lado, en la medida en que una concentración proporciona apertura y ventajas competitivas para las empresas que participan en ella puede viabilizar la adopción de conductas más agresivas que aumentan el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Es importante considerar que el establecimiento de una libre competencia implica la adopción de un sistema normativo de control, ya que el proceso natural de concentración de empresas publicas y privadas puede desembocar en la creación de monopolios.

La adopción de mecanismos de control por parte del Estado sobre las concentraciones económicas tiene sin duda alguna, por regla general, efectos positivos sobre dichas concentraciones. Es cierto que las fusiones y adquisiciones permiten, entre otros, reducir costos de producción, lograr un equilibrio entre la calidad y precio de los productos ofrecidos a los consumidores y garantizar una elección. Ello resulta positivo no solo para la competitividad empresarial sino también para el bienestar de los consumidores. De esta forma, las empresas aumentarían su eficacia en el mercado, la competencia se intensifica y el consumidor final se beneficia de mejores productos a precios más equitativos.

La idea fundamental del control de las concentraciones por parte del Estado es ejercer control para poder impedir que ciertas concentraciones económicas dificulten el mantenimiento de una competencia efectiva sin afectar “la libertad de la empresa”.

En cuanto al contenido de la legislación en materia de competencia de un país, convendría incluir los siguientes elementos: el control a la formación de concentraciones asegurando el control del posible abuso que pueda derivarse de ellas, el control y la prohibición de las concentraciones de empresas (públicas y privadas) por el riesgo que éstas puedan entrañar.

Cabe mencionar que la competencia efectiva puede enfrentarse a obstáculos tales como, la alta concentración de varias empresas, los casos de abuso de posición de dominio, las barreras a la entrada de nuevos competidores, la organización, estructura y procedimientos empresariales y los problemas que enfrentan los pequeños competidores.

Convendría llevar a cabo un estudio analítico que contemple los anteriores factores y que permita:

- Una mejor valoración de las características y condiciones competitivas de los mercados;
- mayor flexibilidad y valoración de los mercados existentes;
- la determinación del verdadero “Poder de Dominio” o cuota de dominio que ejercen una o varias empresas en un mercado determinado;
- la valoración de la eficiencia y capacidad de las empresas participantes de una concentración económica, y
- la capacidad productiva

El término “competencia” significa según una primera acepción del diccionario de la Real Academia Española "Disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa". Una segunda acepción sería: "Oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa", y una tercera acepción sería "Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto". De lo Anterior, podemos decir en algunos casos, que la competencia es “la presencia de conflictos de intereses irreconciliables por parte de los productores o comerciantes en cuanto a su posición dominante en el mercado, o bien conductas exclusivas entre empresas grandes”. Esto tiene que ver con la naturaleza humana, en tanto que la gente desee alcanzar posiciones económicas, sociales y culturales mejores que otras, “los hombres por naturaleza competirán entre sí”.

Si los agentes económicos actúan con libertad en el desarrollo de su ejercicio y no existen barreras de entrada al mercado, la propia dinámica del mismo neutralizará con el tiempo neutralizará esas pretensiones privadas de limitar la competencia. Hay dos tipos de conductas contrarias a la competencia particularmente dañinas para el buen funcionamiento del mercado. Se trata de las “Conductas colusorias y las conductas abusivas” de una posición dominante. En ellas centra su atención la política de competencia: Las primeras son conductas consistentes en acuerdos entre dos o más operadores económicos con el fin de impedir, restringir o falsear la competencia. Las segundas consisten en la adopción por parte de una empresa (o de varias) que ostentan una posición de dominio en el mercado, de comportamientos abusivos frente a clientes o proveedores.

Sólo perdurarán los monopolios que el Estado considere que debe proteger. Por eso, a corto plazo, resulta necesario que el Estado persiga y sancione los abusos de posición dominante.

Las políticas de competencia y de regulación juegan así un papel central en el desarrollo económico de los países latinoamericanos.

El fomento de la competencia descrito, se propicia desde el Estado a través de los tres instrumentos siguientes:

- ⇒ Desregulación
- ⇒ Liberalización y
- ⇒ Privatización

Desregulación: El Estado introduce competencia en sectores monopolizados a cuyas empresas, casi siempre únicas, se les prohíbe continuar con determinados comportamientos y se les obliga a adoptar otros.

Liberalización: Este es un proceso mediante el cual el Estado deja de intervenir en un sector, eliminando las trabas preexistentes y permitiendo la entrada a nuevas empresas.

Privatización: Es el proceso mediante el cual las empresas del Estado pasan a manos privadas y se fomenta tomando en consideración que la competitividad requiere calidad, productividad, empresas competitivas, productos competitivos, un país competitivo y la correspondiente infraestructura técnica.

Se reconoce que tanto el mercado como el Estado son sistemas imperfectos y cambiantes. A través de los años se ha venido justificando la intervención del Estado en la vida económica, política y social de un país porque el sector público persigue un interés general. No obstante, el intervencionismo del Estado ha perdido consistencia ya que los políticos y funcionarios persiguen sus propios intereses particulares y sobre todo por el auge de las

privatizaciones de algunas de las actividades que antes eran desarrolladas por el Estado. Todo ello se enmarca dentro de la mundialización cuyo objetivo primordial es fomentar la estructura y el comportamiento competitivo del mercado, beneficiando con ello la sociedad. El logro del bienestar del consumidor es el objetivo final de la política de competencia y se logra entre otros, a través de una asignación eficiente de los recursos, la prevención de los niveles de concentración y el control de las prácticas anticompetitivas de las empresas (incluidas las transnacionales).

¿Por qué es importante y necesaria la competencia?

Promover la competencia no es un fin en si mismo, sino un medio para lograr una economía eficiente que permita a los consumidores disponer de una mayor variedad de productos de calidad al menor precio posible a la vez que permite a los individuos disfrutar un nivel máximo de bienestar económico.

“**Las concentraciones económicas**” no necesariamente dañan de manera irrazonable la competencia. Por un lado, en la medida en que una concentración disminuye el número de participantes en un mercado, puede facilitar la adopción de conductas anticompetitivas que reducen el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, generando costos para la sociedad como un todo. Por otro lado, en la medida en que proporciona ventajas comparativas para las empresas, una concentración puede adoptar conductas más agresivas que aumentan el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, generando beneficios para la sociedad en su conjunto. Muchos actos de concentración involucran costos y beneficios económicos simultáneamente, en cuyo caso es importante considerar su aporte para la economía.

La política de competencia no es sin embargo la única política que busca aumentar la competencia de los mercados. Por ejemplo, las políticas comerciales o de liberalización de la inversión extranjera, las políticas de reforma regulatoria y privatización, tienen también un impacto importante sobre la competencia.

CONCLUSIONES

Para que exista una economía de libre competencia (mercado) será necesario un “Estado fuerte” que exija el cumplimiento de la Ley. El Estado debe así actuar con suficiente independencia de los grupos sociales, económicos y políticos.

Con la concentración de los mercados por parte de una o varias empresas, se reducen las condiciones de acceso para los pequeños productores a los canales de distribución de sus productos lo que no les permite competir con los líderes.

La cuota o la posición competitiva de una o varias empresas se puede valorar atendiendo a la capacidad productiva de las mismas, su grado de eficiencia, sus recursos financieros (que le dan la posibilidad de tener acceso a las materias primas para producir) y sus vínculos con otros operadores que apoyen sus perspectivas de crecimiento e innovación.

Un cierto grado de disputa positiva o rivalidad en un mercado no es mala y puede ser efectiva cuando los competidores son económicamente capaces de sostener conductas agresivas para mantener o aumentar su participación en el mercado.

Uno de los obstáculos importantes a la entrada de nuevas empresas en el mercado son las “barreras” que deberán apreciarse en cada caso concreto. Cabe distinguir entre **barreras tipo legal y barreras tipo económico**; las primeras se derivan de la legislación existente y

las segundas se derivan de la inversión que se hace necesaria para operar en un determinado mercado.

En muchos casos la fidelidad de los consumidores o la preferencia por “**las marcas**” establecidas en un determinado mercado puede considerarse como una barrera (esta barrera en muchos casos puede ocupar un papel central en la decisión de la entrada de un nuevo producto).

Con el control de las concentraciones económicas del mercado se pretende adoptar medidas oportunas para que de las mismas no tengan efectos negativos en la competencia efectiva, en la competitividad empresarial, en el bienestar de los consumidores y en el interés general.

Una buena rivalidad resulta efectiva cuando los competidores son económicamente capaces de mantener conductas agresivas para mantener o aumentar su participación en el mercado.

6.5. LA COOPERACIÓN CON LOS PAÍSES EN PROCESO DE INSTALACIÓN DE UNA AGENCIA DE COMPETENCIA (CASO DE NICARAGUA)

Presentado por: Haraxa José Sandino Méndez; Director de Promoción de la Competencia y Desregulación; Managua, Nicaragua

Ministerio de Fomento, Industria y Comercio (MIFIC)
Dirección Promoción de la Competencia y Desregulación

La creación del sistema e infraestructura administrativa y funcional que soporta la política de competencia ha tenido una evolución diversa en las diferentes regiones del mundo, la necesidad de su adopción ha venido desarrollándose como es conocida hoy día por más de 100 años y los países menos desarrollados se ven actualmente forzados a emprender el reto de transformar los conservadores y proteccionistas sistemas económicos que han perdurado desde la época de la colonia, hacia una economía de mercado, abierta al nuevo sistema globalizado.

Los actuales procesos de integración económica y libre mercado en las Américas, han empujado a los países huérfanos de este tipo de políticas a fijar su vista en los sistemas de competencia que hoy día trabajan en función regular las prácticas anticompetitivas y educar a sus agentes económicos a utilizar estas herramientas, tarea nada fácil debido a la herencia de siglos de arreglos y componendas en todos los aspectos de la vida, incluyendo claro está, la actividad económica.

Los países de Latinoamérica iniciaron a nivel constitucional la adopción de preceptos que sirvieron de punto de partida de un proceso institucional del Derecho de la Competencia, en el caso nicaragüense el ejemplo más destacado se encuentra en la Constitución Política de 1974 establecía en su artículo 67: **“Se prohíben los monopolios en interés privado y toda clase de acaparamientos industriales y comerciales. Así mismo se prohíbe el otorgamiento de concesiones que signifiquen la constitución de monopolios sobre las riquezas naturales del Estado. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora; solo en exclusivo interés nacional puede la Ley establecer monopolios y estancos a favor del Estado o los municipios”**. Sin embargo, pese a lo notable de la claridad del legislador sobre la importancia del tema al reconocer que el monopolio y la práctica y tendencia monopolizadora son dañinos para el desarrollo económico y social, las constituciones que le sucedieron, es decir las de 1987 y sus reformas de 1995 y 2000, omitieron hacer referencia al concepto de monopolio o derecho de competencia.

Ahora bien, la comunidad internacional ha venido desarrollando esfuerzos por adoptar reglas multilaterales de comercio y competencia desde el año 1947, en la llamada Carta de la Habana, antecedente que sirvió de base para el Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), en este primer documento ya se podían encontrar reglas relacionadas a practicas anticompetitivas de comercio.

En este contexto internacional podemos seguir la evolución hasta la adopción del Conjunto de Principios y Reglas de Equidad multilateralmente acordados para el Control de Prácticas Restrictivas de Comercio (conocido como SET de Naciones Unidas) resolución 35/63 del 5 de diciembre de 1980. Posteriormente en 1985 todos los aspectos del SET fueron revisados

y debido al poco apoyo de los países desarrollados a esa iniciativa se debió continuar la discusión en 1986, con la Ronda de Uruguay de negociaciones multilaterales de comercio.

Ya en el pasado reciente la comunidad internacional ha logrado avanzar en la profundización de los temas relativos a la política de competencia con documentos tan importantes como la Declaración de Doha, del 20 de noviembre de 2001, que sobre la interacción del tema de comercio y competencia incluyó el mejoramiento a la contribución de la política de competencia al comercio internacional y al desarrollo, y la necesidad de potenciar la asistencia técnica y la creación de capacidades en esta esfera. Se reconoció la necesidad de los países en desarrollo de potenciar el apoyo en temas como: el análisis y la formulación de políticas para que puedan evaluar mejor las consecuencias de una cooperación multilateral más estrecha para sus políticas y objetivos de desarrollo, incluyendo el desarrollo institucional y humano; la importancia del trabajo en cooperación con otras organizaciones intergubernamentales como UNCTAD, los canales regionales y bilaterales, todo para facilitar una asistencia reforzada y dotada de recursos suficientes que den respuesta a dichas necesidades.

Por último y no menos importante es recordar lo que establece el artículo 25 de la Declaración con relación a la labor ulterior en el Grupo de Trabajo sobre la interacción entre comercio y política de competencia, centrada en la aclaración de: principios fundamentales, tales como la transparencia, la no-discriminación y la equidad procesal (debido proceso); disposiciones sobre los cárteles intrínsecamente nocivos; modalidades de cooperación voluntaria y apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo mediante la creación de capacidad.

Por lo tanto se deduce que la cooperación en el ámbito internacional es de importancia primordial. Sobre el tema en cuestión se pueden reconocer tres niveles de cooperación: la bilateral, entre las autoridades de competencia de dos países; la regional, en el caso de Nicaragua participamos actualmente en ALCA y CAFTA; Finalmente las multilaterales, como es el caso de la OMC y UNCTAD.

En cuanto a la cooperación bilateral, podemos decir que una herramienta de cooperación bastante informal en donde las autoridades de competencia intercambian información, esto es beneficioso para los países en desarrollo que requieren de datos que se generan fuera de su territorio nacional, sobre todo en cuanto a casos que afecten su mercado. En este tipo de cooperación encontramos lo que doctrinariamente se conoce como acuerdos informales o cooperación voluntaria, dividida en cortesía negativa, que es la facilitación de información legal o casuística sobre casos que inician en un país con implicaciones anticompetitivas en otro; y la cortesía positiva, que es más activa al responder positivamente a una solicitud de asistencia, en estos casos la información se facilita voluntariamente y se sujetan a normas de confidencialidad, este sistema tiene sus críticos al surgir la preocupación de que las autoridades de países pequeños en desarrollo, cuentan con recursos limitados y tendrían dificultades para responder a solicitudes de información, viéndose rebasados en su capacidad por las demandas de cooperación de parte de autoridades extranjeras de competencia, requiriendo información específica relacionada a la apertura de sus mercados domésticos, mientras que no habrían condiciones para que ellas pudieran realizar sus investigaciones propias con relación a prácticas de competencia que afectan sus propios mercados, por lo que se debe reconocer en este tipo de cooperación con claridad las limitaciones de las partes.

Los acuerdos bilaterales también son llamados de primera y segunda generación, diferenciándose estos en que los primeros no requieren de la intervención del poder legislativo o Asamblea Nacional en el caso Nicaragüense, ya que es una negociación entre agencias de competencia, los de segunda generación son acuerdos bilaterales más profundos, también conocidos como tratados de asistencia legal mutua, esto involucra por

ejemplo: investigaciones conjuntas; asistencia legal; delegación de la investigación de un caso en otra agencia.

Nicaragua ha recibido este tipo de apoyo bilateral a través de pasantías de funcionarios de la Dirección de Promoción de la Competencia y Desregulación en países como Perú, México y Panamá, así mismo la asistencia a seminarios regionales sobre políticas de competencia y la realización de capacitaciones y seminarios nacionales que han tenido como fin la creación de la cultura de competencia y desarrollo de una ley de competencia, ya que la eficiencia de la política de competencia depende de una serie de factores y uno de los que son más frecuentemente mencionados en el ámbito de la política de competencia es el capital humano, puesto que la implementación de una ley moderna de competencia implica un alto grado de complejidad técnica; en frecuentes ocasiones, los recursos humanos contratados no disponen de todos los conocimientos requeridos por las autoridades de promoción de la competencia, lo cual implica la necesidad de facilitar la capacitación debida. No obstante se debe considerar que la cooperación sería más efectiva cuando los miembros de la comunidad cooperante amplían el grupo meta a capacitar, por ejemplo se pueden diseñar proyectos para integrar a los programas de estudio de los últimos años de las facultades de derecho y economía, en los países en desarrollo, la materia del derecho de competencia, para ir formando la cultura de competencia en el mediano y largo plazo.

El siguiente nivel de cooperación es el regional, este resulta sumamente importante para los países de Latinoamérica, como decíamos al inicio Nicaragua participa actualmente en dos foros de negociación internacional que incluyen capítulos sobre competencia, ALCA y CAFTA , estos procesos de negociación han obligado a los países que no tenemos aún legislación de competencia, empezar a discutirla con seriedad con diferentes sectores económicos, en Nicaragua por ejemplo se han hecho para este fin tres conferencias internacionales: La primera en 1997: Legislación y Política de la Promoción de la Competencia – Una Perspectiva Centroamericana, a través del proyecto MIPRES/MEDE/GTZ; la segunda conferencia internacional fue en el año 1999, Política de Competencia y sus Instituciones en Latinoamérica, con el apoyo del MIFIC y GTZ; finalmente en noviembre del año 2002 realizamos el seminario internacional Políticas de Competencia, una Perspectiva para Nicaragua, con el apoyo del proyecto PROCOMPE / BANCO MUNDIAL. Este empuje ha dado como resultado la concientización de los agentes económicos sobre la importancia de adoptar estas políticas para países como Nicaragua y discutir un primer anteproyecto de Ley, que está aún en proceso de discusión y perfeccionamiento, con miras a ser enviado a la Asamblea Nacional a finales del presente año 2003.

Esos procesos muestran como la cooperación en el ámbito regional obliga a los países que todavía no tienen una estrategia de promoción y defensa de la competencia a pensar en ello y tratar de homogeneizar sus legislaciones con países que ya la tienen. En ALCA por ejemplo se creó una sesión especial de asistencia técnica, donde países con alguna experiencia en administrar legislación de competencia mostraban casos y contaban su experiencia; los foros regionales de negociación y cooperación son de gran provecho para que los países que no tienen este tipo de legislación la implementen y aprendan de la experiencia de países con un grado avanzado o intermedio de desarrollo.

El último nivel de cooperación que abordaremos es el multilateral. Podemos afirmar que los organismos multilaterales han avanzado mucho los últimos años sobre legislación de defensa de la competencia, en este sentido pueden ser catalogados como los grandes asesores de países que están implementando su legislación sobre competencia, ya sea a través de recomendaciones no vinculantes o como la iniciativa de UNCTAD al discutir y circular la Ley Tipo de Defensa de la Competencia. En cuanto al foro de discusión en OMC sobre defensa de la competencia, consideramos que un marco regulatorio multilateral será ventajoso en la medida que sería armonizado por definición, aspiraría a una limitación de la

carga de informes múltiples o notificación para empresa que desean fusionarse o presentar ofertas públicas de adquisición, adicionalmente el problema del desequilibrio de poder sería limitado, dado que existe un mecanismo imparcial de Conciliación de Disputas al que se podría recurrir en cualquier momento.

La cooperación regional y multilateral es un instrumento muy útil. Para hacer que los países que no tienen legislación sobre este tema avancemos más rápido y tengamos una legislación homogénea a los que ya la tienen, por lo que podemos decir que es importante que los tres niveles de cooperación se desarrollen simultáneamente. El rol de la asistencia técnica tiene que ser no solo de ayudar a los países a implementar leyes de promoción o defensa de la competencia, sino a implementar políticas donde todos los instrumentos sean consistentes entre sí; de lo contrario acciones legítimas de una autoridad nacional de competencia puede ser objetada por países extranjeros cuando se trata de acciones contra una empresa transnacional; la presión unilateral sobre los gobiernos puede ser tan grande que la decisión de la autoridad de competencia queda anulada sobre la base de otras consideraciones, como la anulación de créditos o proyectos de inversión extranjera.

Por esto la existencia de reglas multilaterales respetadas puede convertirse en un instrumento para ajustar el balance de poder a favor de las autoridades nacionales de competencia, comprobando ante sus gobiernos que las acciones tomadas son compatibles con normas internacionales establecidas.

Regresando a los procesos de integración en Centroamérica se debe mencionar que el Protocolo de Guatemala al Tratado General de Integración Económica de octubre de 1993, incluye una disposición de orden constitutivo en el artículo 25, la que dice textualmente: "En el sector comercio, los Estados Parte convienen en adoptar disposiciones comunes para evitar las actividades monopólicas y promover la libre competencia en los países de la región". Esto constituye un asidero jurídico de suprema importancia, puesto que marca un punto de reinicio y continuidad al mismo proceso.

Actualmente existe una gran necesidad de cooperación en el contexto de los procesos de integración Centroamericana y la cooperación internacional es determinante, ya que representa una herramienta en la construcción de las agencias de competencia de los países, puesto que el grado de complejidad técnica que se requiere y al que ya hemos hecho mención, debe nutrirse de la experiencia internacional ya que tiene el efecto de punto de referencia (benchmark effect). Sobre todo por la necesidad de fundamentar ante los gobiernos, poder legislativo y agentes económicos que la adopción de estas políticas no debe verse como la creación de más burocracia, sino el beneficio y ganancia para el país al contar con este instrumento de política pública, cuyo objetivo principal consiste en: *conservar y promover la competencia como medio para garantizar la distribución eficiente de los recursos en una economía, de forma que se obtenga la mejor opción en términos de calidad, precios y abastecimiento adecuado del consumidor* (World Investment Report , UNCTAD, 1997).

Por tanto consideramos que organismos como UNCTAD podría desempeñar un importante papel en los temas orientados al diseño, creación e implementación de las políticas y agencias de competencia en los países de la región Centroamericana.

Para finalizar consideramos que debe prevalecer la opinión de que entre estados grandes y pequeños se necesita de reglas comunes para proteger los intereses de los actores más pequeños contra los grandes; se debe procurar detectar los abusos de las potencias dominantes y los intentos empresariales de monopolización, teniendo como criterios principales la eficiencia económica y el bienestar del consumidor y uno de los principales instrumentos para defenderse de estas prácticas, para países como Nicaragua, es la

adopción de una legislación y política de competencia, inmersa en un sistema de cooperación como el que hemos presentado.

6.7. Las políticas de competencia en el Uruguay

Fanny Trylesinski
Directora General
Ministerio de Economía y Finanzas Dirección General de Comercio Exterior
Montevideo - Uruguay

El objetivo del presente documento es presentar una reseña de las principales reformas que han tenido lugar en el Uruguay en la última década y que apuntan al objetivo de incrementar la competencia en los diferentes mercados.

El proceso de generación de un marco adecuado de defensa de la competencia en Uruguay no puede desligarse de otro que se ha venido dando simultáneamente y que está orientado a ampliar los ámbitos de competencia en los mercados.

Sin embargo, esta experiencia debe inscribirse de forma adecuada en el marco jurídico político e institucional particular del Uruguay, para poder entender su ritmo y su dirección. Por ello es importante rever brevemente este marco, para luego describir las reformas que se han operado y, por último, evaluarlas a la luz de dicho marco.

El marco institucional

Este capítulo pretende ser una reflexión sobre el entorno jurídico, político y económico en el que se insertan las políticas de competencia en el Uruguay. La descripción será somera y solo intenta fijar ideas para inscribir las mencionadas políticas.

A lo largo del siglo XX los principales servicios básicos han sido producidos por empresas estatales (electricidad, gas, agua potable, saneamiento, telecomunicaciones, seguros, transporte ferroviario, banca) a la vez que se desarrolló una fuerte regulación de la actividad económica del sector privado. A pesar de que la calidad del servicio de muchos, sino de todos, los servicios ha sido dudosa, los ciudadanos asimilan la idea de que el control por parte del Estado de estas actividades representa en sí misma una mejora en el bienestar. Estos sienten que tienen cierto tipo de control de su actividad vía un Estado paternalista que actuará en forma directa sobre estos servicios toda vez que su accionar se aleje de lo que la ciudadanía considera correcto. Además, es un país donde los cambios se suelen procesar muy lentamente y basados en grandes acuerdos.

En cuanto a la actividad reguladora del Estado, ésta no pasa por establecer reglas de juego claras para los agentes, sino por intervenir en forma puntual y por la ocurrencia de situaciones excepcionales en los mercados. Generalmente, esta intervención se perpetúa más allá de la superación del elemento puntual que lo desencadenó, generando con el tiempo intereses particulares que son difíciles de revertir. A esto debe sumarse la poca experiencia en la aplicación de reglas claras de competencia en los mercados, lo que disminuye la confianza de los ciudadanos y refuerza la necesidad de interacción y la resistencia a los cambios.

Paralelamente el Uruguay tiene una baja tasa de inversión, aún comparándola con la que exhiben el resto de los países de la región. La existencia de empresas de propiedad estatal en los sectores de servicios básicos así como la fuerte regulación del sector privado, conspiran contra la inversión tanto pública como privada. Pública, pues las empresas han

operado en forma monopólica en los mercados, con lo cual el incentivo a la inversión ha sido bajo y el incentivo a la creación de empleos improductivos e ineficientes alto. En el sector privado, la fuerte regulación y la alta permeabilidad del sector político a reclamos sectoriales, crea equilibrios que son difíciles de revertir y donde la falta de competencia no genera incentivos a la mejora en el desempeño y a la introducción de mejores tecnologías y productos.

A su vez, el Poder Judicial uruguayo se caracteriza por una escasa formación en temas económicos, lo cual ha sido reconocido por los propios integrantes de la Suprema Corte de Justicia. Este hecho restringe fuertemente las posibilidades de incorporar a la justicia en los temas de competencia como en otros países, dejando como opción la creación de organismos con distinto grado de independencia del Poder Ejecutivo para impartir justicia en temas económicos.

Es en este marco donde deben insertarse los intentos por modificar el marco regulatorio en el que se desenvuelve la actividad económica pública y privada, cambiando la intervención directa del Estado en las variables relevantes de los mercados (precios, número de empresas, beneficios) por una intervención más indirecta basada en la supervisión del comportamiento de los agentes en el mismo.

El ambiente de mayor competencia genera cambios en la estructura y funcionamiento de los mercados, desaparición de empresas obsoletas, cambios en los servicios, etc. que dan la sensación de vorágine a los ciudadanos. En una sociedad que resiste los cambios, más aún en el sector privado, no es difícil de entender la secuencia y el desarrollo con el que los cambios han operado.

Este accionar se ha visto facilitado en gran medida por las dificultades que han demostrado los propulsores de los cambios para transmitir a la población las ventajas que un mercado más competitivo significan para el ciudadano, y la sensibilidad que han generado algunas experiencias privatizadoras realizadas en países vecinos que no han resultado exitosas.

Ello ha contribuido a que en el discurso opositor los cambios sean mostrados al público siempre como privatizaciones, aunque ellas no lo sean, facilitando la comparación con las experiencias mencionadas y generando un mayor rechazo a las reformas.

Sin embargo, desde los años noventa se han producido un cúmulo de cambios regulatorios que han fomentado la competencia en varios ámbitos de la economía. Estos cambios se han acentuado fuertemente en el último período de gobierno con la introducción de órganos regulatorios sectoriales y organismos de control de la competencia en los mercados que a continuación se describen.

Modificaciones en las reglas que afectan el funcionamiento de los mercados

Como ya se mencionó, las principales áreas de servicios públicos han sido gestionadas por el Estado en forma monopólica: telecomunicaciones, energía, transporte, agua potable y saneamiento. Así el Estado no solamente ha operado como proveedor de estos servicios a través de empresas de su propiedad, sino que al ser el único oferente en el mercado, estas mismas empresas han ejercido un rol de regulador en los mercados en los que han actuado. Es en este sentido que se está realizando una profunda reforma del Estado abocada a reducir su incidencia económica, priorizar el cumplimiento de sus cometidos sustantivos y aquellos considerados de importancia social, reformular los servicios públicos desde la perspectiva del usuario y asumir un papel regulador y promotor de la empresa privada.

Un primer paso fue entonces separar el rol regulador del rol productor de las empresas estatales, creando unidades reguladoras con distinto grado de descentralización del

gobierno central. Estos ajustes, en mayor o menor grado, afectan las reglas del juego de las Empresas Públicas involucradas y de los mercados en los que ellas actúan, y son consistentes con el objetivo declarado de establecer un mayor ámbito de competencia esos mercados. También se permitió las asociaciones de las Empresas Públicas: un mercado de servicios públicos más competitivo requiere Empresas Públicas con mayor capacidad de competir, y las asociaciones pueden ser un instrumento para obtener recursos para ello. Se trata de la continuación de un proceso ya iniciado por gobiernos anteriores, pero en base a un planteo de nuevas reglas del juego generales y no de excepciones a las existentes.

Las reformas en este ámbito han tenido cuatro objetivos:

- La definición de los marcos regulatorios de algunos sectores: telecomunicaciones, energía eléctrica, agua corriente, correos y la creación de los organismos reguladores.
- La ampliación de la concesión de obra pública y de otros mecanismos que habilitan a los privados a prestar servicios públicos o bien servicios no estrictamente públicos pero que eran producidos por Empresas Públicas
- El avance en la desmonopolización de servicios públicos.
- Igualación gradual del tratamiento impositivo entre operadores públicos y privados

A continuación se hará una breve reseña de los principales cambios operados en los mercados en los que actúan las empresas públicas.

Energía Eléctrica, Agua, Gas y Saneamiento.

a- Organismo Regulador

La Ley N° 16.832 de 12 de junio de 1997 y su Decreto Reglamentario del 26 de enero de 1999, establecieron un nuevo marco normativo para el sector eléctrico. El mismo diferenció las actividades decisorias de política, de las regulatorias y las operativas a través de la institucionalización de la Unidad Regulatoria de la Energía Eléctrica (UREE); de la Administradora del Mercado Eléctrico (ADME) - persona pública no estatal a cargo de la administración del mercado mayorista de energía eléctrica -; y del Mercado Mayorista de Energía Eléctrica (MMEE), mercado competitivo para generadores y consumidores y con uso compartido de, y acceso libre a, la capacidad de las redes de transmisión y distribución no comprometida por contratos.

El 13 de diciembre de 2002 a través de la Ley N° 17.598 se creó la Unidad Reguladora de los Servicios de Energía y Agua (URSEA), unidad reguladora que incorporó a las tareas de la UREE las de regular en los sectores de energía -incluyendo electricidad, gas y combustibles líquidos-, agua potable y saneamiento. Su objetivo es proteger los derechos de los consumidores, controlando el cumplimiento de las normas vigentes y asegurando que los servicios regulados tengan un adecuado nivel de calidad y seguridad, a un precio razonable. Como regulador independiente, es su responsabilidad promover la competencia en las áreas de la industria donde está habilitada por la ley, y regular los monopolios, estableciendo niveles mínimos de calidad y proponiendo precios basados en costos eficientes.

De acuerdo a la Ley, las principales funciones de la URSEA son:

- Controlar el cumplimiento de las normas vigentes
- Establecer los requisitos que deberán cumplir quienes realicen actividades comprendidas dentro de su competencia

- Dictaminar preceptivamente en los procedimientos de selección de concesionarios a prestar servicios dentro de su competencia
- Resolver, en vía administrativa, las denuncias y reclamos de usuarios
- Proponer al Poder Ejecutivo las tarifas técnicas de los servicios regulados
- Prevenir conductas anticompetitivas y de abuso de posición dominante

b- Electricidad

Con anterioridad a su redefinición, el sector eléctrico se conformaba por una empresa pública integrada verticalmente, la Administración de Usinas Eléctricas del Estado (UTE) prestadora de servicios de generación, transmisión y distribución de electricidad y de la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, ente energético binacional de propiedad conjunta de la República Argentina y del Uruguay.

A diferencia de procesos de reformas llevados adelante en otros países, el camino elegido por Uruguay no contempla la privatización ni la división de las empresas prestadoras del servicio eléctrico. En el nuevo escenario, UTE sigue siendo una empresa pública, con unidades de negocios diferenciadas, cada una de las cuales actúa en una de las ramas de la industria. De acuerdo a lo establecido por la Ley, cada una de estas unidades debe presentar resultados económicos de gestión separados (segregación contable). El objetivo de esta medida es prevenir subsidios cruzados entre actividades que se desempeñan en condiciones de monopolio natural (transmisión y distribución) y actividades en competencia (generación y comercialización).

En la actualidad, la URSEA ha reglamentado la distribución y transmisión de energía eléctrica, estableciendo normas que regulan los precios y la calidad en los servicios de transporte de la electricidad a través de líneas de alta, media y baja tensión -desde las centrales de generación a los centros de consumo- y consagran el libre acceso a las redes por parte de los generadores y grandes consumidores. El objetivo de las nuevas reglas es incentivar la eficiencia en el servicio brindado en condiciones de monopolio natural. A su vez, se ha reglamentado también el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica el cual permitirá que los generadores competirán por abastecer al distribuidor (UTE) y a los grandes consumidores, de acuerdo al principio de libre competencia en generación consagrado en la Ley N° 16.832. A partir de ese momento, las industrias y otros grandes consumidores (aquellos con potencia contratada superior a 500 kW), podrán elegir libremente a su proveedor de electricidad, ya sea contratando con UTE o con cualquier otro generador instalado en el país o en la región.

c- Agua Potable y Saneamiento

El sector comprende al conjunto de instituciones públicas y privadas y recursos existentes en el país relacionados con el suministro de agua potable, incluyendo la captación, tratamiento, almacenamiento y distribución de agua, así como los servicios de alcantarillado sanitario, depuración de efluentes y disposición de excretas, tanto en áreas urbanas y urbano marginales como rurales.

Existe una multiplicidad de actores involucrados en el sector, entre los que caben distinguir cinco operadores y diversos organismos públicos, a saber:

- La Administración de Obras Sanitarias del Estado (O.S.E.), empresa pública, que presta servicios de agua potable en todo el país (Montevideo y 324 localidades en el Interior) y de saneamiento en el interior (42 localidades). La legislación actual le posibilita, con la previa aprobación del Poder Ejecutivo, otorgar servicios en concesión (artículo 750 de la Ley 16.736). La empresa ya otorgó dos concesiones estando en estudio otras adicionales.

- La Intendencia Municipal de Montevideo que presta los servicios de saneamiento en Montevideo con una cobertura del 80%;
- Las Intendencias Municipales del Interior con competencia en la disposición de excretas individuales;
- Aguas de la Costa y Uruguay, empresas concesionarias de O.S.E., prestadoras de servicios de agua potable y saneamiento en el departamento de Maldonado; y
- Pequeñas empresas privadas que prestan servicios en localidades balnearias y que se llevan a cabo ajenas a toda regulación estatal.

Adicionalmente a los operadores, participan el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente a través de la Dirección de Medio Ambiente (DINAMA) la que ejerce la competencia en el control de la calidad de las aguas y vertimientos y como ministerio de enlace de la OSE.; el Ministerio de Transporte y Obras Públicas a través de la Dirección Nacional de Hidrografía (DNH) la que ejerce la administración del uso de las aguas en tanto recurso hídrico; el Ministerio de Salud Pública y la Oficina de Planeamiento y Presupuesto.

d- Gas

El funcionamiento de las empresas en este sector se rige fundamentalmente por los contratos de concesión (dos de distribución y uno de transporte). La empresa estatal de distribución que funcionaba en el departamento de Montevideo, es operada actualmente por una empresa privada a través de un contrato de concesión.

El sistema de transporte de gas natural del país está compuesto por dos gasoductos. El primero, que entró en operación en 1999; construido y operado por ANCAP, que abastece varias plantas industriales de la ciudad de Paysandú así como la red de distribución de la misma ciudad operada por Conecta. El segundo, el Gasoducto Cruz del Sur, se encuentra actualmente en construcción.

En cuanto a las redes de distribución de gas, en la actualidad hay tres. La primera de ellas es la red de distribución de gas de Montevideo, operada por la empresa Gaseba Uruguay S.A., que abastece de gas manufacturado y propano vaporizado (según la zona) a distintas áreas del departamento de Montevideo. Esta red será modificada para poder operar con gas natural cuando dicho combustible acceda al departamento a través del Gasoducto Cruz del Sur, y será asimismo extendida para que pueda servir a la mayor parte del territorio del departamento. La segunda red de distribución es la que abastece de gas natural a la ciudad de Paysandú; operada por Conecta S.A. y recibe el gas a través del Gasoducto del Litoral. La tercera red, actualmente en expansión, es la que abastece de gas a la Ciudad de la Costa del departamento de Canelones; esta red también es operada por Conecta, y actualmente distribuye propano aireado, pero este gas será sustituido por gas natural cuando entre en servicio el Gasoducto Cruz del Sur.

e- Hidrocarburos derivados del Petróleo.

El sector se caracteriza por la presencia de una empresa estatal - la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP)- monopólica desde su creación en 1931 en las etapas de importación y refinación de crudo. En la etapa de comercialización participan empresas privadas a través de contratos de concesión donde la regulación es ejercida por la propia empresa pública. En diciembre de 2001, la Ley N° 17.448 desmonopolizó la importación, exportación y refinación de petróleo crudo que existía a favor

de ANCAP. En la actualidad ANCAP se encuentra a la búsqueda de un socio comercial para realizar sus actividades de forma de reducir los precios a los usuarios.

Telecomunicaciones y servicios postales

Por la Ley N° 17.296 se creó la Unidad Reguladora de los Servicios de Comunicación (URSEC) un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, con los objetivos de regulación y el control de las actividades referidas a las telecomunicaciones, entendidas como toda transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo radioelectricidad, medios ópticos y otros sistemas electromagnéticos y, asimismo, las referidas a la admisión, procesamiento, transporte y distribución de correspondencia realizada por operadores postales. Anteriormente, el Ministerio de Defensa Nacional era el organismo rector del sector, siendo su competencia, a través de la Dirección Nacional de Comunicaciones (D.N.C.) como organismo asesor, la formulación de la política nacional en materia de telecomunicaciones. Por su parte, los objetivos de la Unidad son:

- extensión y universalización del acceso a los servicios;
- promoción de la competencia;
- control de las actividades monopólicas persistentes;
- aplicación de tarifas que reflejen costos económicos;
- fomento de niveles óptimos de inversión;
- protección de los derechos de los usuarios.

En el área de su competencia, la situación era la siguiente.

a- Telecomunicaciones.

La Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL) es la empresa pública encargada de la prestación de los servicios de telecomunicaciones urbanas y de larga distancia nacionales e internacionales. El artículo 6° de la Ley N° 14.235 le otorgó el monopolio de los servicios cuya prestación se le asigna por la referida norma aunque desde 1992 opera una empresa privada en los servicios de telefonía celular y desde fines de 1994, la propia ANTEL opera la segunda banda celular.

Dicha situación fue modificada por la Ley N° 17.296 que dispuso en su artículo 613 mantener exclusivamente el monopolio en la telefonía básica definida como aquellos servicios telefónicos que reúnen las características de fija, conmutada y referida al tráfico nacional, liberalizando la telefonía internacional y la totalidad de los servicios de valor agregado. Este artículo legal fue derogado, luego de que se suscitara una resistencia de la ciudadanía y de los trabajadores de la empresa estatal a la operativa de empresas privadas en el sector. Sin embargo, la introducción de la competencia en el sector de telefonía internacional produjo una rebaja del 40% en las tarifas, además de la introducción de nuevos operadores en el sector mientras la ley estuvo vigente.

En general, el sector se caracteriza por la presencia de un monopolio parcial legal estatal que controla gran parte del mercado acompañado de una empresa privada concesionaria de una banda de telefonía celular. A tal situación se le agrega en el pasado la concesión a privados por parte de la DNC, de redes inalámbricas para la transmisión de datos (LMDS), sistemas de telecomunicaciones móviles por satélite para la transmisión y recepción de datos alfanuméricos en forma bidireccional; sistemas de radioenlaces troncalizados con carácter nacional y un telepuerto.

b- Servicios Postales.

La Ley N°16.736 de 5 de enero de 1996 en su artículo 747, dispuso la creación de la Administración Nacional de Correos como servicio descentralizado con la competencia y organización de la ex Dirección de Correos (unidad ejecutora del Ministerio de Educación y Cultura) con el cometido de la prestación de los servicios postales; esto es, la admisión, transporte o distribución y entrega de envíos de correspondencia, giros postales y productos postales en general.

La empresa estaba facultada para autorizar permisos precarios - sujetos a un precio - a empresas privadas, los que en la actualidad son más de 100. Lo expuesto llevaba a una confusión entre las funciones operativas y regulatorias de los servicios postales en una empresa pública. Dicha confusión fue clarificada con lo dispuesto en la ya citada Ley N° 17.296 al crear la URSEC con cometidos específicos en materia de servicios postales tales como establecer normas regulatorias de los servicios y autorizar la prestación de servicios postales a terceros.

Otras áreas

a- Transporte Ferroviario.

El mismo se cumple por la Administración de Ferrocarriles del Estado (AFE), empresa pública facultada legalmente para la prestación de los servicios de transporte de carga y pasajeros. A partir del 1° de enero de 1988, los servicios de pasajeros se suspendieron - dados la baja calidad del servicio, escaso número de clientes pagos y alto subsidios -, manteniéndose en la actualidad dos líneas de corta distancia. Si bien no existe competencia intramodal, experimenta una fuerte competencia intermodal (transporte por carretera).

Es intención del Gobierno analizar una profunda reestructuración de AFE - incluida la apertura a la competencia ya dispuesta por el artículo 22 de la Ley N° 17.243 -- habida cuenta de los modelos aplicados en otras partes del mundo, las características de modo uruguayo, y los objetivos y consideraciones técnicas a cumplir.

b- Seguros

Se estableció la libre competencia en el mercado de seguros (con excepción del referido a accidentes laborales) anteriormente monopólico por el estatal Banco de Seguros del Estado (BSE), Esto permitió el ingreso de varias empresas de seguros privadas, principalmente en los rubros de seguros para automóviles y hogares, con el consiguiente aumento en la oferta de trabajo y la posibilidad de elección para el usuario. Además, se estableció el mismo sistema tributario para el estado y los privados.

c- Generales

Se estableció que toda iniciativa en materia de regulaciones y restricciones administrativas que afecten la competencia entre particulares o la competitividad, así como en materia de tasas, a ser percibidas por las unidades ejecutoras de la Administración Central por concepto de trámites, servicios o similares, requerirá informe previo de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, a excepción de las que fuere evaluada por la URSEC o por la URSEA.

Defensa de la competencia

Las primeras normas en materia de defensa de la competencia en el Uruguay se establecieron por ley en junio del año 2000 (Ver Apéndice Legislativo). Las mismas prohíben

los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, estableciendo sanciones para los infractores. El Decreto N° 86/001, por su parte, estableció que la autoridad de aplicación de las normas de defensa de la competencia será la Dirección General de Comercio.

Si bien, el tema ha sido objeto de algún tipo de discusión, es bastante claro que las conductas anticompetitivas que han sido objeto de legislación son el abuso de posición dominante y los prácticas concertadas cuando las mismas tienen ciertos efectos. No existen normas de control previo de concentraciones.

La legislación actual está siendo revisada por el Parlamento Nacional a efectos de que la misma sea más exhaustiva, se encuentre incluida en una sola ley y se asemeje más a las legislaciones de los demás países del MERCOSUR.

Dado que actualmente es la Dirección General de Comercio el órgano de aplicación, y dada la escasa cultura de competencia en el Uruguay, ha sido necesario además de intervenir en los casos concretos denunciados difundir los principales elementos de la competencia, sus beneficios en términos de bienestar para la población y los cambios que se requieren en el sector privado y público para su efectiva implementación.

Reflexiones finales

La introducción de la competencia y, por tanto, de elementos de mercado en el Uruguay ha sido un proceso gradual iniciado a principios de los noventa. La escasa velocidad del mismo obedece a los profundos cambios culturales necesarios en la sociedad civil y en los agentes económicos tanto públicos como privados a lo largo de un siglo de fuerte intervención estatal en los mercados para hacer las nuevas reglas de juego. Para que la competencia opere y mejore los estándares de vida de la población, se requiere una constante educación del sector público y privado y una supervisión de los mercados, de forma de que no se susciten situaciones que desaceleren el proceso tan difícilmente iniciado.

Estas reformas estructurales requieren del apoyo constante, principalmente de los países que ya han transitado por estos caminos y que pueden demostrar la efectividad del mismo, de forma de no cejar en el esfuerzo reformador y alterar lentamente patrones culturales tan arraigados en la sociedad.

Apéndice legislativo

Ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000.

Artículo 13.

Las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieron por ley y por razones de interés general (artículos 7° y 36 de la Constitución de la República) o que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate.

Artículo 14.

Prohíbense los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de la posición dominante de uno o más

agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, tales como:

- Imponer en forma permanente, directa o indirectamente, precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva para los consumidores.
- Restringir, de modo injustificado, la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico, en perjuicio de empresas o de consumidores.
- Aplicar injustificadamente a terceros contratantes condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia.
- Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su propia naturaleza o por los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos, en perjuicio de los consumidores.
- En forma sistemática, vender bienes o prestar servicios a precio inferior al costo, sin razones fundadas en los usos comerciales, incumpliendo con las obligaciones fiscales o comerciales. La aplicación de estas normas procede cuando la distorsión en el mercado genere perjuicio relevante al interés general.

Artículo 15.

El Poder Ejecutivo reglamentará las disposiciones del presente Capítulo y dispondrá las medidas pertinentes para la aplicación de dichas disposiciones. Toda contienda que se suscite que refiera a la materia regulada en este Capítulo podrá ser sometida por las partes a arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el Título VIII del Libro II del Código General del Proceso (Ley N° 15.982, de 18 de octubre de 1988). La reglamentación promoverá la habilitación de centros especializados a tales efectos.

Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001.

Artículo 157.

La reglamentación dictada por el Poder Ejecutivo establecerá a qué repartición del Estado se le asigna competencia en el control de los actos y conductas prohibidos por el artículo 14 de la Ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000, que serán sancionados de la siguiente forma:

Apercibimiento.

Apercibimiento con publicación a costa del infractor.

Orden de cese definitivo de los actos o conductas prohibidos y la remoción de sus efectos.

Multa de 500 UR (quinientas unidades reajustables) hasta 20.000 UR (veinte mil unidades reajustables) según que la infracción se califique de leve, grave o muy grave.

Las sanciones podrán aplicarse independiente o conjuntamente según resulte de las circunstancias del caso. En el caso de que la gravedad de la infracción lo amerite, podrá

ordenarse el cese provisorio de los actos o conductas prohibidos, sin perjuicio de la iniciación del proceso administrativo que corresponda. Los criterios que se tendrán en consideración para determinar la gravedad de la infracción serán el daño causado, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la participación del infractor en el mercado, la duración de la práctica prohibida y la reincidencia o antecedentes del infractor.

Artículo 158.

El órgano de aplicación de las normas contenidas en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000, tendrá las siguientes funciones y facultades:

- Requerir a las autoridades nacionales o municipales y a los particulares, la documentación, información y colaboración que juzgue necesarias a los efectos de cumplir con sus cometidos y en especial, con los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes.
- Habilitar los centros especializados de arbitraje a que refiere el artículo 15 de la Ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000.
- Emitir opinión en los asuntos que se sometan a su consideración o que analice en el marco de su competencia e informar y asesorar respecto de acuerdos, prácticas restrictivas, decisiones de empresas y demás cuestiones relativas a la defensa de la competencia.
- Imponer las sanciones establecidas en la presente ley.
- Dispondrá de las más amplias facultades de investigación y fiscalización, pudiendo requerir de los organismos especializados la colaboración necesaria a los efectos de la realización de inspecciones, investigaciones, pericias, controles y comprobaciones. Podrá asimismo, requerir la comparecencia de los investigados y de terceros a los efectos de proporcionar información. Los datos e informaciones obtenidos solo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en esta ley.
- Solicitar en forma fundada, al Juez competente, las medidas cautelares que estime pertinentes, procedimiento en el que estará exonerado de prestar contra cautela.
- Proyectar y someter a la consideración del Poder Ejecutivo el procedimiento pertinente, a los efectos de la constatación de la realización de los actos o las prácticas prohibidas y la aplicación de sanciones, ya sea de oficio o por denuncia de parte interesada y legitimada al respecto, garantizándose al denunciado o investigado el ejercicio del derecho de defensa.
- Promover la celebración de acuerdos, conciliaciones o compromisos de cese, en los asuntos sometidos a su consideración.

VI. Other contributions from experts and delegates

Presentations PPT

- 6.A. The Colombian Superintendency of Industry and Trade and the enforcement of competition law
Carlos Caycedo. Superintendencia de Industria y Comercio Colombia 329
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200386a.ppt>
- 6.B. Competition Law Project in Paraguay
Bruno Belmont, Ministry of Industry and Trade. Paraguay 330
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200386b.ppt>